بحوث في التشريع الاسلامي

وأسانيد

قانون الزواج والطلاق رقم ٢٥

نقد وخط

محمد سليمان الراعي

١٣٤٦ — ١٩٢٧



بسم الله الرحمن الرحيم

(١) مقدمة

أثار مشروع قانون الزواج والطلاق ~~الذي وضعته وزارة الحقانية~~
حركة فكرية اجتماعية ودينية فنشط العلماء للبحث والاستنباط والرجوع
إلى كتب الشريعة المطهرة وتطبيقها على القانون ونشط غيرهم إلى بحثه
من الوجهة الاجتماعية وتقدير ما فيه من مصالح ومضار وهذا النشاط
نفسه خير في ذاته فالجمود آية من آيات الموت والحركة دليل من دلائل
الحياة

اغتبطنا لهذا الجدل الديني الاجتماعي سواء أكان في نقد حركة
المشروع أم في تعضيده ولولا ما زعمه بعضهم من أن خلط الجدل بالسباب
والخروج على أدب العلم والمناظرة يشوه حسنه أو يذهب بحسنها ولنا
لا نغتبط بهذا وقد استمرت هذه الحركة وتجدد نشاط الفقه الإسلامي
بعد ركوده في الفتوى والترجيح واتجهت إليه الأنظار وتناولته فكرة
تمت بسبب بالحنيفية ما صح دليله وما قام البرهان على أنه فيه صلاح للناس
من أقوال أئمة الهدى وفقهاء الإسلام وقد قضى على تلك الفكرة
التي كانت تقرر وجوب تقليد الأئمة الأربعة دون سواهم سواء أاتفقت
مع مصلحة المجتمع أم خالفته وتقرر أن الدين الإسلامي بمذاهبه
المتعددة لا يضيق عن سد حاجات الناس

قد تصل بهذه الحركة إلى خير كثير وإلى أن نقف على مناط البحث وقواعد
نظام الأسرة ونجددها ونأخذ أحكامها كلها من الفقه الإسلامي ونبرهن
للناس على أن الشريعة الإسلامية تسع الناس وتكفل مصالحهم وأنها
جديرة بعدم الخروج عليها وبعدم رميها بالجمود حتى يرى الناس
حتى لا يلووا بحقوقها أعناق الكل نحو العرف الحديث وأنهم
لا يمكنهم أن يستبدلوا بالنظم الغربية جوهر الدين القويم

وقد أردت أن أبين مراجع القانون من نصوص العلماء وأرشد الباحث
من تلك النصوص وذلك فيما اختلف عليه من المواد أما المواد التي
اتفق صاحب الفضيلة شيخ الأزهر ومفتي مصر واعترف العلماء
بصحتها فلا أعرض لبيان النصوص التي ترجع إليها الآراء وهي
إلا في مناسبة

ولابد أن أوضح هنا بيان الحاجة إلى القانون وما فيه هنا

مصلحة أمر يشترك فيه علماء الدين وغيرهم ولكل واحد من افراد الامة
حق في ابداء الرأي فيه ووزنه بميزان التجارب التي استفادها
من الحياة. الا ان ابداء الرأي من الوجهة الفقهية للعلماء وخاصة
علماء الشريعة ومن الواجب على غيرهم ان يدعوا لهم الكلمة فيه
ولا يخفى الآن من السنة او الحكومة فوجهم تشريعهم لا يلائم المصلحة
ووضع قواعد لا تتفق والبيئة التي تعيش فيها فان الامة ممثلة تمثيلا
صحيحا في مجلس نوابها وشيوخها ولا يقبل المجلسان للامة الا ما تدعو
اليه الحاجة وتشوق اليه الضرورة. وسأعرض للفصول المتقدمة قبل
ان احول الى دراسة التلفيق وسأعزو المذاهب الى اثبتها في الكتب
التي حررت فيها ليستطيع ان يطلع عليها في مواضعها من يريد ان يعرف
وسأبين وجه الاخذ بهذه المذاهب وحقية ما ارجح تحديده الآن

(ب) التلفيق والتتبع في الاحكام الفقهية

كان السلف من العلماء يختلفون في الاصول والفروع وكانت صدورهم
طاهرة بالرغبة في الله وتعظيم سنة رسوله بالروح الديني يحملها
مكارم الاخلاق وتحت لطفها روح الاسلام الطاهر وما كان احد منهم
يرى مخالفه بالكفر والالحاد الا حيث يخرج عن الدين جملة ويصل به التخالف
الى تكذيب الله ورسله اما المخالف في حكم مسألة فقهي لم يقم عليه دليل
قطعي الثبوت والدلالة فلم يكن معروفا بينهم رمي المخالف فيه بالكفر والاثم
وكانت عقدة الروح الاسلامي مع حسن النية وابتغاء الحق كفيلة بان يقرب شقة
الخلاف بين المختلفين او يزيلها فلم تتقطع مع الخلاف صلات القربى
ولا وشائج الارحام لذلك كانوا جبهة واحدة في مناجزة الدين
ورد اعدائه عنه

ولما طغت الحياة على نفوس العلماء في هذه الايام ضعفوا في العلم
فلم يعملوا وبالغوا في التعصب ولم يفهموا سر العداوة بين العلم والدين
ولم يدركوا سر الحياة وروح الاجتماع وافرحوا الامم وراعوا تقلبات
العصور في خلقت لكل جيل شيع لهذا كله وافقدوا كل وقت حكم
وتغير الفتوى بتغير الوقت وحكموا بمصالح الوقت في تخصيص النصوص
الصريحة وما اباحه رعي مصلحة الحرم دفعا للحرج مع النهي عنه
صراحة واباحة تبادل النقود عددا وان اختلف وزنها واباحة

الاستفتاء من النبي عن شيء ما ليس بموجود إلا نوعاً منه هكذا. ومن تتبع فروع المصالح المرسلة والاستحسانات وفروع العرف العام والخاص يكتشف الى حد بعيد عن مرامي الفقهاء وسيعلم في فصل تغير الاحكام بتغير العرف كثيراً منه هكذا.

بهذه الروح حكموا الأمم التي استولوا عليها وتركوا لمن بعدهم ثروة هائلة الفقه الإسلامي هي ميراث أمة حصلت على مثلها في وقت قصير كالوقت الذي وضعوها فيه وبهذه الروح التي هو الشعاع الذي قامت به السموات والأرض ودام حكمهم إلى أن تخلصت هذه الروح في جسم الإسلام بما هو لباب به الآن.

كان هكذا خلف السلف وقد تبدلت الأحوال وصحب الناس عن روح الدين وضلوا عن القواعد التي تركها الأسلاف وتبدلت الفوارق وفسدت الأخلاق وضعفت الإرادات فصار الفقه روحاً جزافاً لمن يختلف من آخر عدا أي شيء من الأشياء.

ومن ثبت لهذا قواعد العلماء في التكليف والشارع لمن يطلع عليها من الأبيات وتذكر لهم من آراء من قبلهم عسى أن يتفق الناس عندها ويتقطعوا على حكم فيه.

قال الغزالي في المستصفى: وإن الفقهيات في القطعية منها وجوب الصلاة والزكاة والحج والصوم وتحريم الزنا والقتل والسرقة والشرب وكل ما علم قطعاً من دين الله فالحق فيها واحد وهو المعلوم والمخالف فيها آثم ثم ينظر فإن أنكر ما علم ضرورة من مقصود الشارع كإنكار تحريم الخمر والسرقة ووجوب الصلاة والصوم فهو كافر لأن هذا انكار لا يصدر إلا عن مكذب بالشرع وإن علم قطعاً بطريق النظر لا بالضرورة ككون الإجماع حجة وكون القياس وخبر الواحد حجة وكذلك الفقهيات المعلومة بالإجماع فهي وإن كانت قطعية فمنكرها ليس بكافر لكنه آثم مخطئ. أما ما عداه من الفقهيات الظنية التي ليس عليها دليل قاطع فهي في محل الاجتهاد فليس فيها عندنا حق معين ولا إثم على المجتهد إذا تم اجتهاده وكان من أهله.

وفي التحرير وشرحه: وإن المسائل الفقهية فمنكر الضروري فيها كالأركان الأربعة الصلاة والصوم والزكاة والحج وحرمة الزنا وشرب الخمر

وقيل النفس دائر بالكافر آثم وان انكار كون الاجماع حجة وخبر الواحد حجة
والقياس حجة غير موجب للكفر ولكن صاحبه آثم وان انكار الاجماع السكوتي
والاجماع على الحروب ونحوها لا اثم فيه الى ان قال ان قاعدة اهل السنة ان المسائل
الفقهية فلا اثم في انكارها قطعا بشرط ان يكون الانكار بغير عناد ولم يخالف
والاجماع وهذا هو الصحيح عند اهل السنة وشاع اختلافهم في المسائل الاجتهادية
ولم يكن جميعها حقا قطعا ولم ينقل انه فسق بعضهم بعضا ولو حصل
منهم لنقل انتهى بتصرف يسير

(٢) الاجتهاد

لم اكن في حاجة الى تناول بحث الاجتهاد لولا ان الفنون لم تشتمل على احكام
خارجة عن آراء ائمة المذاهب الموصوفين بالعدالة والاجتهاد ويخاف العلماء الذين
درسوا شيئا من القوانين شرعوا لهذه المسائل وحكموا بقفل باب الاجتهاد
ودخوله في حضرة المستحيل عادة في هذه الازمان ولقد وقف طويلا
رغبة وهو غلط تاباه قواعد الاصول كما سيتضح لك مما ننقله عن اكابر
فقهاء الاسلام واكبر احدى شكلهم وهو حجة الاسلام الغزالي
فاذا وقف العلماء والمجتهد لا يكاد يوجد من احد يعد للتوقف الاجتهاد على
القدر الميسور ويجوز التخصص ما في تلك الازمنة وليس ذلك الا انه
فحفظ لانه امر يمكن في ذاته فلا مانع من تحققه لمن اراد الله من عباده وان
وقت تمهيد العلم وتقاصر العزائم عن البحث والتنقيب وعدم الاحاطة بعلم
بالناسخ والمنسوخ والموقوف على احوال الرواة لبعد صاحبه العهد عن عصر
النبوة فلا فائدة يوجد مجتهد الآن كما هو معروف ومشاهد)
وينبغي الاشارة الى ان المجتهد قد يكون اهلا لاستنباط الاحكام الشرعية
جميعها لتوفر الشروط فيه ويسمى المجتهد المطلق وقد يكون اهلا
لاستنباط احكام وقائع خاصة لاحاطته بما يلزم لتلك الوقائع
ويسمى المجتهد الخاص او المجتهد الجزئي والمجتهد والفقيه الفاظ مترادفة

والمفتي الفاظ مترادفة اصطلح على الاصوليون

(٤) المجتهد المطلق

قال الغزالي في المستصفى الركن الثالث المجتهد وله شرطان احدهما ان
يكون محيطا بمدارك الشرع متمكنا من استثارة الظن بالنظر فيها وتقديم
ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره والشرط الثاني ان يكون عدلا
مجتنبا للمعاصي القادحة في العدالة (وهذا اشتراط لجواز الاعتماد

عن فتواه ممن ليس عدلا فلا تقبل فتواه اما العدل في حق نفسه فلا فان
العدالة شرط القبول للفتوى لا شرط صحة الاجتهاد فان قيل فمتى
يكون محيطا بمدارك الشرع وما تفصيل العلوم التي لا بد منها لتحصيل منصب
الاجتهاد قلنا انما يكون متمكنا من الفتوى بعد ان يعرف المدارك
المثمرة للاحكام وان يعرف كيفية الاستثمار والمدارك المثمرة للاحكام
اربعة الكتاب والسنة والاجماع والعقل وطريق الاستثمار يتم باربعة
علوم اثنان مقدمان واثنان متممان واربعة في الوسط فهذه ثمانية
فلنفصلها ~~ولنخففها~~ ولننبه فيها على دقائق اهملها الاصوليون
اما كتاب الله عز وجل فهو الاصل ولا بد من معرفته ولنخفف فيه امرين
احدهما انه لا يشترط معرفة جميع الكتاب بل ما تتعلق به الاحكام منه
وهو مقدار خمسمائة آية الثاني انه لا يشترط حفظها عن ظهر قلبه بل
ان يكون عالما بمواضعها بحيث يطلب فيها الآية المحتاج اليها وقت
الحاجة واما السنة فلا بد من معرفة الاحاديث التي تتعلق بالاحكام
وهي وان كانت زائدة على الوف فهي محصورة وفيها التخفيفان المذكوران
اذ لا يلزمه معرفة ما يتعلق من الاحاديث بالمواعظ واحكام الآخرة وغيرها
الثاني انه لا يلزمه حفظها عن ظهر قلبه بل ان يكون عنده اصل مصحح
لجميع الاحاديث المتعلقة بالاحكام كسنن ابي داود ومعرفة السنن
لاحمد البيهقي او اصل وقعت العناية فيه بجميع الاحاديث المتعلقة بالاحكام
ويكفيه ان يعرف مواقع كل باب فيراجعه وقت الحاجة الى الفتوى وان كان
يقدر على حفظه فهو احسن واكمل واما الاجماع فينبغي ان تتميز عنده
مواقع الاجماع حتى لا يفتي بخلاف الاجماع كما يلزمه معرفة النصوص حتى
لا يفتي بخلافها والتخفيف في هذا الاصل انه لا يلزمه ان يحفظ جميع
مواقع الاجماع والخلاف بل كل مسألة يفتي فيها فينبغي ان يعلم ان
فتواه ليست مخالفة للاجماع اما بان يعلم انه موافق مذهبا من مذاهب
العلماء ايهم كان او يعلم ان هذه واقعة متولدة في عصره لم يكن لاهل ~~الاجماع~~
الاجماع فيها ~~خوض~~ خوض فهذا القدر فيه كفاية واما العقل
فنعني به مستند النفي الاصلي للاحكام فان العقل قد دل على نفي الحرج ١
في الاقوال والافعال وعلى نفي الاحكام عنها من صور لا نهاية لها اما ما
استثنته الادلة السمعية من الكتاب والسنة فالمستثنيات محصورة
وان كانت كثيرة فينبغي ان يرجع في كل واقعة الى النفي الاصلي

والبراءة الأصلية ويعلم أنه لا يفيد إلا نصاً أو قياساً على منصوص فيأخذ
~~[illegible]~~ في طلب النصوص وفي معنى النصوص الإجماع وأفعال الرسول
بالقياس إلى ما يدل عليه على الشرط الذي فصلناه فهذه هي المدارك
الأربعة فأما العلوم الأربعة التي بها يعرف طرق الاستثمار فعلمان مقدمان
أحدهما معرفة نصب الأدلة وشروطها التي بها تصير البراهين والأدلة منتجة
والحاجة إلى هذا تعم المدارك الأربعة والثاني معرفة اللغة والنحو على وجه
يتيسر له به فهم ~~[illegible]~~ خطاب العرب وهذا يخص فائدة الكتاب
والسنة ولكل واحد من هذين العلمين تفصيل وفيه تخفيف وتثقيل
أما تفصيل العلم الأول فهو أن يعلم أقسام الأدلة وأشكالها وشروطها فيعلم
أن الأدلة ثلاثة عقلية تدل لذاتها وشرعية صارت أدلة بوضع الشرع
ووضعية وهي العبارات اللغوية ويحصل تمام المعرفة فيه بما ذكرناه
في مقدمة الأصول لا بما فوقه أما المقدمة الثانية فعلم اللغة والنحو
أعني القدر الذي به يفهم خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال إلى حد يميز
بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه
وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواه ولحنه
ومفهومه والتخفيف فيه أنه لا يشترط أن يبلغ درجة الخليل والمبرد وأن
يعرف جميع اللغة ويتعمق في النحو بل القدر الذي يتعلق بالكتاب
والسنة ويستولي به على مواقع الخطاب ودرك حقائق المقاصد منه
وأما العلمان المتممان فأحدهما معرفة الناسخ والمنسوخ من الكتاب
والسنة وذلك في آيات وأحاديث مخصوصة والتخفيف فيه أنه لا يشترط
أن يكون جميعه على حفظه بل كل واقعة يفتي فيها بآية أو حديث فينبغي
أن يعلم أن ذلك الحديث وتلك الآية ليس من جملة المنسوخ وهذا يعم الكتاب
والسنة والثاني وهو يخص السنة معرفة الرواية وتمييز الصحيح منها عن
الفاسد والمقبول عن المردود فإن ما لا ينقله العدل عن العدل فلا حجة فيه
والتخفيف فيه أن كل حديث يفتي به مما قبلته الأمة فلا حاجة به إلى النظر
في إسناده وإن خالفه بعض العلماء فينبغي أن يعرف رواته وعدالتهم فإن
كانوا مشهورين عنده كما يرويه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر
مثلاً اعتمد عليه فهؤلاء قد تواتر عند الناس عدالتهم وأحوالهم والعدالة إنما
تعرف بالخبرة والمشاهدة أو بتواتر الخبر فما نزل عنه فهو تقليد وذلك

بأن ينقله البخاري ومسلم في احد الصحيحين وانهما ما رووه الا
بعد وقوع عدالته لديهما فهذا مجرد تقليد وانما يزال التقليد بأن يعرف احوال
الرواة بمشاهدة اخبارهم وسيرهم ثم ينظر في سيرهم انها تقتضي العدالة
ام لا وذلك طويل وهو في زماننا مع كثرة الوسائط عسير والتخفيف فيه
ان يكتفي بتعديل الامام العدل بعد ان يعرف ان مذهبه في التعديل مذهب
صحيح فان المذاهب تختلف فيما به يعدل ويجرح . فهذه هي العلوم الثمانية
التي يستفاد بها منصب الاجتهاد ومعظم ذلك يشتمل عليه ثلاثة فنون علم
الحديث وعلم اللغة وعلم اصول الفقه فاما الكلام وتفاريع الفقه فلا حاجة
اليهما نعم انما يحصل منصب الاجتهاد في زماننا بممارسة الفقه فهو طريق تحصيل
الدربة في هذا الزمان ولم يكن الطريق في زمن الصحابة ويمكن الآن
سلوك طريق الصحابة اهـ

وهذه هي شروط المجتهد المطلق الذي كلفه الشارع البحث عن الاحكام
جميعها من ادلتها التفصيلية وحرم عليه التقليد وتوسط احد بين خلق الله
بينه وبين الادلة ونلخصها فيما يأتي

(١) يشترط في المجتهد ان يكون عالما بمواضع الآيات التي يحتاج اليها لا بالكل
ويطلبها عند الحاجة ولا يشترط فيه حفظ الكتاب كله ولا حفظ آيات
الاحكام

(٢) يشترط ان يكون عارفا بمواضع كل باب من ابواب الحديث بحيث
يستطيع المراجعة وقت الفتوى ولا يشترط ان يكون حافظا للاحاديث
كلها ولا ان يكون حافظا لاحاديث الاحكام ويكفي ان يكون عنده اصل
مصحح كسنن ابي داود ومعرفة السنن لاحمد البيهقي

(٣) يلزم ان يعرف ان الآيات التي يستدل بها ليست منسوخة والحديث
الذي يستدل به ليس منسوخا

(٤) يلزم ان يعرف ان المسائل التي يبحث فيها ليست مجمعا فيها على رأي
يخالف رأيه ولا يلزم حفظ مواقع الاجماع والخلاف

(٥) يلزم ان يكون عارفا باللغة والنحو على الوجه الذي يتيسر له فهم خطاب
العرب وان يكون عارفا للادلة وشروطها

(٦) الاحاديث التي اشتهر رواتها بالعدالة وتلقتها الامة بالقبول لا يلزم ان يبحث
عن اسانيدها اما الاحاديث التي ليست كذلك فيكفيه فيها تعديل الائمة

العدول الرواة فيها بعد ان يعرف مذاهبهم في الجرح والتعديل واي مذاهبهم اصح صحيح .
ومعظم هذه الشروط يشتمل عليه علوم فنون الحديث واللغة واصول الفقه .
ولقد جمع العلماء آيات الاحكام في غير ما كتاب وجمعوا احاديث الاحكام في
غير ما كتاب وجمعوا الناسخ والمنسوخ في غير ما كتاب وجمعوا مواقع
الاجماع في غير ما كتاب واصبحت الاحكام مدونة في كتب الفقه وفي
شروح الحديث وكتب التفسير

وقد انتهى نقد الرواة للحديث واصبحت الآن نعتمد على الكتب المدونة
كما نعتمد على آراء ائمة الجرح والتعديل في الرواة ومن هؤلاء فكتب الرجال
موفورة تعلم سيرهم واحوالهم ولا يعسر على طلاب العلم البحث عن
رواة اي حديث من الاحاديث

واللغة العربية وفنونها من نحو وصرف وادب وبلاغة تدرس في معاهد
مصر الدينية وغيرها دراسة دقيقة تمكن لهم طلاب العربية كي يدرس
اصول الفقه على اوفى الوجوه واكملها فيدرس الادلة وطرقها وغير
ذلك مما نص عليه الغزالي وامثاله نصا عليه

وليس مما يلائم سمعة المعاهد الدينية في مصر ان يقال عنها انه ما يدرس
فيها من علوم اللغة والمنطق والكلام والاصول لا يكفي لفهم خطاب
العرب ولا لمعرفة الادلة وطرقها واذا صح هذا فيا لضيعة
الاعمار والاموال التي تنفق في سبيلها

ليس الاجتهاد في ملكنا عملا شاقا بل هو ممكن عادة وهو اليوم ايسر مما
كانت في الازمنة الماضية ايام كان يرحل المحدث الى قطر آخر لرواية
حديث وايام كان يرحل الرواة لرواية بيت من الشعر او كلمة
من كلم اللغة وقد توافرت مواد البحث في كل فرع من فروع
العلوم في التفسير والحديث والفقه واللغة والنحو والمنطق وجمع
الحديث كله وميز صحيحه من فاسده وفرغ الناس مما يتعلق بسير
الرواة واصبحت كتب هذه العلوم تخرجها المطابع للافراد والحكومات
في كل قطر من الاقطار الاسلامية وهذا لم يكن ميسورا لاحد في العصور
الاولى وقد اصبحت مذاهب الفقهاء وحججها مدونة وادلتها موجودة .
والمؤلفون في آراء الائمة لم يدعوا شيئا للبحث واقوال الفقهاء فيما لم
يبق للمجتهد الا اختيار راي من آرائهم فيها او الحوادث التي تجد

فلا يحتاج الى ادراك بحدثه وان حفظ آيات الاحكام جميعها واحاديث
الاحكام جميعها وفهمها فهما صحيحا ومعرفة الناسخ والمنسوخ وحفظ مواضع
الاجماع لا يحتاج الى المجهود الذي يبذل في الاحاطة فانه بمراجعة كتاب من
كتب ابن حزم المعقودة

ان الزمن قد تغير حالة الانسان والعقول لم تتغير والكفاية باقية في الانسان
كما كانت في العصور الاولى وهذا هو علماء الامم يجددون الاطوار بالنبوغ
اقصى ما يتصوره العقل البشري ويصلون اليه بجدهم واجتهادهم وقد
كان السلف لهم عنايته وجهد وكانت الاوقات في تقرير العلم رحبا والمدنية
لم يتزاحم فيهم متصدر الفراغ ولا شراح الهمم عن البحث والتنقيب بل
كان من خلفهم الزمن كلما جدوا في البحث والتنقيب وكثرت وسائل
البحث والتنقيب

وانى مع احترامى لرأى الشيخ بخيت باشا لا ارى الاجتهاد اغلق فى الاسلام
واني ارى ان من علماء المعاهد الدينية في مصر من توافرت فيهم شروط
الاجتهاد ويحرم عليه التقليد

(٥) الاجتهاد الجزئي

هذا هو الاجتهاد المطلق وما يشترط فيه من شروط وتتحدث عما يسمى
الاجتهاد الجزئي او الاجتهاد الجزئي وهو الاجتهاد في واقعة خاصة
للمجتهد ان يعرف حكمها الشرعي بالدليل والشاهد على هذا النوع
يحرم عليه التقليد فيما ادى اليه ان يقدر على الاجتهاد فيها

وقد اختلف العلماء في تجزئ الاجتهاد وعدمه والاكثرون منهم على
تجزئه ومنهم حجة الاسلام الغزالي والشيخ ابن الهمام وقد استدلوا
لذلك بان التقليد في حال القدرة على الدليل فيه ترك للعلم واتباع
للريب وهذا منهي عنه بقوله عليه الصلاة والسلام «دع ما يريبك
الى ما لا يريبك» وقوله «استفت قلبك وان افتاك المفتون»
قال في مسلم الثبوت ومن له حسن ادب باحكام الله تعالى لا يقلد
في هذا الاصل

وفي المستصفى للغزالي اجتماع هذه العلوم التي قدمناها انما تشترط
في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الشرع وليس الاجتهاد
عندي منصبا لا يتجزأ بل يجوز ان يقال للعالم انه مجتهد في بعض

الأحكام دون بعضها كمن عرف القياس فإنه يفتي في مسألة قياسية
وإن لم يكن ماهرا في علم الحديث ومن عرف أحاديث قتل المسلم بالذمي وشرائط
القصاص فله فتواه في تلك المسألة وإن جهل علم النحو الذي يعرف به قوله تعالى وامسحوا
برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين وقس عليه ما في معناه

وفي كتاب الإحكام للآمدي بعد أن نص على شروط المجتهد قال وليس
كله أي ما يشترط في المجتهد المطلق المتصدي للحكم والفتوى في جميع
المسائل وأما الاجتهاد في بعض المسائل فيكفي فيه أن يكون عارفا
بما يتعلق بتلك المسألة وما لا بد منه فيها ولا يضره في ذلك جهله
بما لا تعلق له بها مما يتعلق بباقي المسائل الفقهية.

والمكلف إذا حصلت له أهلية الاجتهاد بتمامها في مسألة من المسائل
فإن اجتهد فيها وأداه اجتهاده إلى حكم فيها فقد اتفق الكل على أنه لا يجوز
له تقليد غيره من المجتهدين في خلاف ما أوجب ظنه وإن لم يكن قد اجتهد
فقد اختلفوا فيه والمختار أن يقال إن القول بجواز التقليد حكم شرعي
لا بد له من دليل والأصل عدم قيام الدليل فمن ادعاه فعليه البيان.
فهذه آراء علماء الأصول في الاجتهاد الجزئي ولهم حرية في وجوب التقليد على
من يقدر على الاجتهاد في وقائع خاصة سواء أكان المقلد صحابيا أم تابعيا
أم إماما من الأئمة الأربعة أو غيرهم

وشروط الاجتهاد الجزئي كما يراه صاحب المنار فليس على مريد الاجتهاد
في مسألة من مسائل اليمين أو الطلاق إلا أن يعرف آيات اليمين أو آيات
الطلاق وأحاديث اليمين أو أحاديث الطلاق ويعرف ما نسخ فيها
وما بقي ويعرف مواقع الإجماع ليتجنب ما يخالفه - فيجب أن يكون
على بصيرة في فهم اللغة ونصب الأدلة وليس عليه أن يحيط بجميع
الأدلة وجميع علوم اللغة وفنون المنطق والكلام وآراء الفقهاء.

ولعل يجوز لمسلم فقيه فضلا أن يقول أن على المسلم في جميع بقاع
الأرض تقليد واحد من الأئمة الأربعة دون سواهم وإلا كانوا آثمين
جاهلين خارقين للإجماع ؟

ومن يعرف لهذا الشيء المبتدع الذي سموه إجماع المحققين لا يثبت
قوله ولكنه من بين الأدلة الشرعية ولا كشف عن بطلانه الناس
هذه الفلتات والذي حيد عنهم نور الحق

العامي ومن ليس له اهلية الاجتهاد وان كان محصلا لبعض العلوم المعتبرة في
الاجتهاد يجب عليه اتباع قول المجتهد والاخذ بفتواه واتفقوا على جواز
استفتاء كل من عرف بالعلم واهلية الاجتهاد والعدالة

قال الآمدي واذا حدثت للعامي حادثة واراد الاستفتاء عن حكمها فان كان
في البلد مفت واحد وجب عليه الرجوع اليه والاخذ بقوله وان تعدد المفتون
فمن الاصوليين من ذهب الى انه يجب عليه البحث عن اعيان
المفتين واتباع الاورع والاعلم والادين ومنهم من ذهب الى انه
مخير بينهم يأخذ برأي من شاء منهم سواء تساووا ام تفاضلوا
وهو المختار

واذا اتبع العامي بعض المجتهدين في حكم حادثة وعمل بقوله فيها
ليس له الرجوع عنه في تلك المسألة وهل له اتباع غيره
في غير ذلك الحكم اختلفوا فيه فمنهم من منعه ومنهم من اجازه
وهو الحق نظرا الى ما وقع عليه اجماع الصحابة من تسويغ استفتاء
العامي لكل عالم في مسألة ولم ينقل عن احد من السلف الحجر في ذلك
ولو كان ممتنعا لما جاز من الصحابة اهماله

واذا عين العامي مذهبا معينا كمذهب الشافعي او ابي حنيفة او غيره
وقال انا على مذهبه وملتزم له فهل له الرجوع الى قول غيره في مسألة
من المسائل اختلفوا فيه فجوزه قوم ومنعه آخرون والمختار التفصيل
وهو ان كل مسألة من مذهب الاول اتصل بها عمله فليس له تقليد الغير فيها
وما لم يتصل عمله بها فلا مانع من اتباع غيره فيها

وفي التحرير وشرحه لا يرجع المقلد فيما قلد فيه اي عمل به اتفاقا ذكره
الآمدي قال الزركشي وليس كما قال ففي كلام غيره ما يقتضي
وجود الخلاف بعد العمل وكيف يمتنع ذلك عليه اذا اعتقد صحته
ولكن لعله فاذا عارضه قولا مجتهدين يجب التحري فيهما والعمل
بما يغلب في قلبه انه الصواب وليس له الرجوع عما عمل به الا اذا ظهر
له خطأه

ولو التزم مذهبا معينا فقيل يلزم وقيل لا وهو الاصح لان التزامه
غير ملزم اذ لا واجب الا ما اوجبه الله ورسوله ولم يوجب الله ولا رسوله

على واحد من المالكية أن يتمذهب بمذهب رجل من الأمة فيقلده في دينه في كل ما يأتي
ويذر دون غيره وقد انطوت القرون الفاضلة على عدم التمذهب بذلك
وصرح العلائي بأن المشهور في كتب المذهب جواز الانتقال في آحاد المسائل
والعمل فيها بخلاف مذهب امامه الذي يقلده اذا لم يكن ذلك على وجه التتبع
للرخص

وفي التحرير وشرحه نقل الامام في البرهان اجماع المحققين على منع تقليد
العوام أعيان الصحابة بل عليهم أن يقلدوا الأئمة الذين جاؤوا بعد الصحابة
لأنهم دونوا وهذبوا وفصلوا وبوبوا واوضحوا طرق النظر وعلى هذا
بنى ابن الصلاح وجوب تقليد الأئمة الأربعة لانضباط مذاهبهم وتحرير
شروطها وغير ذلك مما لم يعلم تحققه في غيرهم وهو حق لكن اذا اقتضى
تقليد غيرهم لتعذر نقل حقيقة مذهبهم وعدم ثبوته حق الثبوت لا لأنه لا يقلد
ولذلك قال ابن عبد السلام ان تحقق ثبوت مذهب عن واحد منهم جاز
تقليده وفاقا والا فلا واذا صح عن بعض الصحابة حكم لم يجز
مخالفته الا بدليل اوضح من دليله ومعلوم انه لا يشترط ان يلتزم المجتهد
مذهب مدون وانه لا يلزم احدا ان يتمذهب بمذهب احد الائمة بحيث
يأخذ أقواله كلها ويدع اقوال غيره انتهى بتصرف

وفي مسلم الثبوت وشرحه قريب من نقلهما في التحرير وشرحه من اجماع
المحققين ورأي ابن الصلاح

قال القرافي انعقد الاجماع على ان من اسلم فله ان يقلد من شاء
من العلماء من غير حجر وأجمع الصحابة رضي الله عنهم على ان من استفتى
ابا بكر وعمر وقلدهما فله ان يستفتي ابا هريرة ومعاذ بن جبل
ويعمل بقولهما من غير نكير فمن ادعى رفع هذين الاجماعين فعليه البيان

وقد يظن تعارض الاجماعين مع قول الامام في برهانه ان
المحققين اجمعوا على منع تقليد اعيان الصحابة

ويزول بأن اجماع المحققين ليس معناه الاجماع الذي هو حجة حتى يقال ان
اجماعهم عارض الاجماعين السابقين وفي كلام الامام خلل آخر
من التبويب والتهذيب والتفصيل لا دخل له في التقليد فان المقلد ان
فهم مراد الصحابي عمل به والا سأل مجتهدا آخر وبهذا بطل قول ابن
الصلاح ايضا وفي كلامه خلل آخر أن المجتهدين الآخرين ايضا

يزلوا جمدهم عند مذاهب الائمة الاربعة وإنكار حقهم كما يرون وسواء أدب
والحق انه انما منع من تقليد غيرهم لانه لم يبق رواة مذاهبهم محفوظة
حتى لو وجدت رواية صحيحة عن مجتهد آخر يجوز العمل بها الا ترى ان
الشافعية افتوا بالتحليف للمحدود إذا ادعى له تمام الترتيب على مذهب
ابن ابي ليلى

الحق انه في بيان التلفيق في هذه المسائل تتجلى الحقيقة ولا يزيد على صحة
ما قلنا . وفي تذكرة الشرقي من فقهاء القرن ببطلان جواز تقليد غير الائمة
الاربعة ومن ان هذا هو رأي حادث في الاوان الاسلامية لم يقل احد
قبل ابن الصلاح وهو رأي فاضح مبني على خطأ

كان المسلمون مجمعين على جواز تقليد اي عالم من علماء المسلمين بجانب
الاسلام ونقل اجماع المحققين على منع تقليد اعيان الصحابة لانه ليس
في وسع العامي أن يعرف عن خطهم وان يفهم مشهودهم ثم رتب ابن
الصلاح على هذا وجوب تقليد الائمة الاربعة دون سواهم وبذلك
نسخ حكم الاباحة الذي كان مستفادا من اجماع المسلمين برأي
ابن الصلاح المبني على اجماع المحققين

ابن الصلاح هذا فقيه مقلد فكيف يؤخذ برأي فقيه مقلد ليس
واحدا من الائمة الاربعة وكيف ينسخ الاجماع برأي واحد لا يصح تقليده
ولا الاخذ بقوله ؟

ليس لاجماع المحققين قيمة بين الادلة الشرعية فهي محصورة: كتاب
الله وسنة رسوله واجماع المجتهدين والقياس على المنصوص
ولم يعد احد من الادلة الشرعية اجماع المحققين فكيف يكون هذا
الاجماع وافقه تك منه بين الادلة واحد ينوي على نسخ اجماع
المسلمين

لم نعرف احدا من العلماء تكلم عن اجماع المحققين وشرائطه وطريقه
تماما وهل هو ممكن او مستحيل وهل يمكن نقله وهل يكفي
في نقله ويعد فيه من القواعد التي وضعها العلماء لاجماع المجتهدين
فكيف مع هذا نأخذ من اجماع المحققين احكاما نحجر بها تحجير الدين
الاسلامي جميعه في اشخاص اربعة بعد ان كان يسع الفقهاء ولا يمكن
حصرهم في جميع العصور الماضية

الإجماع الذي هو حجة معروف في كتب الأصول بأنه اتفاق جميع مجتهدي عصر من العصور على حكم شرعي ظني وليس بصددنا الآن أن نبين إمكانه والمخالفة في إمكانه فقط وعدم إمكانه لعدم الاطلاع فيه بحث آخر ولكن نذكر شيئاً واحداً وهو أن محققي العلماء يرون أن الإجماع في غير عصر القرون الثلاثة الأولى متعذر لتفرق العلماء في شتى أنحاء الأرض وتباعد بلدانها واستحالة الاطلاع على آرائهم عادة وهذا رأي واضح لا يمكن الجحود ولا يصح لعاقل أن ينازع فيه

وإذا كان هذا واضحاً بالنسبة لإجماع المجتهدين فدعوى الإجماع بلا ريب من المتأخرين تكلف وخرف وإجماع المتأخرين على منع تقليد غير الأئمة الأربعة وكيف أمكنت نقل هذا الإجماع؟

ولقد رد الأئمة دعوى الإجماع فقال الإمام الشافعي رضي الله عنه فيما رواه عنه في الرسالة ما لا يعلم فيه خلاف ليس بإجماع وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل سمعت أبي يقول ما يدعي فيه الرجل الإجماع فهو كذب من ادعى الإجماع فهو كاذب لعل الناس اختلفوا ما يدريه ولم ينته إليه فليقل لا نعلم الناس اختلفوا

هذا وبعد عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم أجل هؤلاء العلماء من أن يدعوا على قولهم إجماعاً مستنداً إلى عدم العلم بالمخالف ولو سامح في ذلك لبعضهم فمن بعدهم وسامح تكلفات من يعلم خلافاً في حكم ما أن يعتقد عدمه بالمخالف على التحقيق

ولكن ضعفاء الأخلاق ومن لم تتضح علومهم صاروا يدعون الإجماع عند عدم العلم بالمخالف بعد البحث عنه ولم يكلف الناس ما تقوم عليه من شر دعاوى الإجماع كذباً حتى زادوا لهم شيئاً يكون إجماع المحققين

والمخالفون لنا يجوزون تقليد غير الأئمة الأربعة متى صح النقل عنهم وإن لم يدونوه وسنثبت في نقل آخر إمكان صحة النقل عن غير الأئمة الأربعة وهنا ينبغي الإشارة إلى شيء ما قاله صاحب الأشباه وهو أن ما لا ينفذ القضاء به ما إذا قضى بشيء مخالف للإجماع وهو ظاهر وما خالف الأئمة الأربعة مخالف للإجماع وإن كان فيه خلاف لغيرهم فقد صرح في التحرير أن الإجماع انعقد على عدم العمل بمذهب مخالف للأربعة لانضباط مذاهبهم وانتشارها وكثرة أتباعهم فإن هذا مبني على اعتبار هذا الإجماع وهو غير صحيح لأن الذي صرح هو ابن الصلاح بالمنع بناء على إجماع المحققين

(٧١) امكان الوقوف بشأن آراء الأئمة غير الأربعة

فان بعض العلماء يرى أنه لا يمكن الوقوف بأقوال غير الأئمة الأربعة لأنه لا توجد كتب
مدونة في مذاهبهم وإن وجدت فلا يمكن التعويل عليها لأنها لم تنقل الينا بطريقة
موثوق بها ولم يتلقاها الناس عن الشيوخ ولم تكن متصلة الاسناد ويرى بعض
أن ذلك قد صار من شروط الاحكام وتنفيذها ومعرفة أن تأويلها لم يرجع جميعها
وهذه غير ميسورة في أقوال غير الأئمة الأربعة :

أقول يرجع الى فن قليلا سبيل إن المقاصد الدينية في العصر كان يدرس فيها عدد
من الكتب محصورة في المذاهب الأربعة فقهيها ومن التفسير والحديث وعلوم اللغة
وما كانت يتلقى عن الشيوخ غير هذه الكتب وكانت كتب اللغة نادرة جدا وكان
بعضهم لا يعرف الا حجة فيها وكانت أمهات الكتب في جميع العلوم وخاصة الحديث
متصلة الاسناد ونحن نرى جميع الكتب التي تيسرت لنا حديثا من لغة وأدب
وتاريخ وفقه وكلام وتصوف ونحن نرى كل الكتب التي حفظت من الأمة فيها
في الكتب في بلاد العالم جميعها لا أنها كتب متصلة الاسناد

فكتاب الأم للامام الشافعي والمدونة للامام مالك وكتب الامام محمد
ومبسوط السرخسي وبدائع الصنائع وفتح القدير والزيلعي والبحر
والتحرير وسلم الثبوت والموافقات والاحكام ومختصر المنتهى
وأبكار الأفكار وأسرار البلاغة ولسان العرب والخصائص وكتب تاريخ
جمع في مصر وغير مصر وكتب شتى لم يطبع بعد لا نعد هذه الكتب لا يوثق
بها لعدم تلقيها عن الشيوخ ولأنها كتب منقطعة الاسناد

كان مذهب داود ومعروف العمل بالاجتهاد بأقوال العلماء فانتشر في
الدولة العباسية زمنا طويلا وكان من أتباعه من العلماء الأجلاء وكانت لهم
كتب مدونة ولا تزال موجودة الى الآن ومنها كتاب وضعه ابن حزم
يسمى المحلى يقع في سبعة أجزاء منه نسخ عدة في المكتبة الأزهرية وفي دار
ودار الكتب وقف الملك المؤيد

وفي العالم الاسلامي الآن مذاهب منتشرة يدين بها ملايين من المسلمين
في اليمن وفارس وبلاد الهند ولهم كتب مطبوعة وغير مطبوعة ولهم
متون وشروح وحواشي مثل التي عندنا سواء بسواء ومنهم مجتهدون
ومنهم من يرجح قولا على قول
وهذه كتب الحديث تنقل آراء العلماء بالأسانيد كما تنقل الحديث عن
رسول الله وهذه شروح كتب الحديث تنقل آراء العلماء

وهذه كتب الطبقات تذكر عدداً من المجتهدين وفتاواهم وكتب
المذاهب نفسها مشحونة بآراء العلماء غير الأئمة الأربعة

والعلماء الذين رووا عن من روى القراءات فقد احتجوا بأنه سنده الى عروة وقد
اخذوه من كتاب تهذيب الاسماء واللغات المطبوع في ليدن وهم ينقلون عن
الشيوخ بالاسناد وهم يعتقدون ان فيه غلطاً في آيتين من القرآن احداهما في
سورة البقرة والأخرى في سورة الأعراف وجعلوهما آية واحدة حين رووا ما ذكرناه
والحق ان العلماء في هذه الكتب جميعها لم يرووا ما ينقلونه عن الشيوخ بمقدار
للعقل نفسه الذي يستطيع تمييز الخبيث من الطيب وتمييز الصحيح من
الفاسد

ولا شبهة في أن يختلف الموثوق من كتب الفقه والحديث بصحة نقل الآراء عن
غير الأئمة الأربعة اما اختيار انهم رجعوا عنها او ان لها شروطاً
وقيوداً لم تنقل كل ترخص فعليه ان يثبت التكاليف الراجحة على نفسه
والا كان المقتدي على شخصه رخصاً ولو جهة ان تكون ادلته قطعية والامر
فيه على غير قصد في دليله خفته وان كان المجتهد يجب الاطلاع عليه وعلى حقيقة
نقله وهذه الاختلافات تجري في المذاهب الاربعة نفسها وعند
الجائز عقلاً ان يكون ابو حنيفة رجع عن كل مذهبه قبل وفاته بيوم
او ساعة ولم يطلع على نقله احد من اتباعه ومن الجائز ان يكون لها قيود
وشروط في الاحكام المنقولة عنه غفل عنها كل من نقل مذهبه وتدوينه
وحفظها او تنازع على انه كتاب ما دونه بيده

(٨) التقليد بغير دليل

فان قيل فقول الفرقة المقلدين هل تسوغون تقليد كل عالم من السلف والخلف
او تقليد بعضهم دون بعض فان سوغتم تقليد الجميع كان تسويغكم لتقليد من انتسبتم
الى مذهبه كتسويغكم تقليد غيره سواء بسواء فكيف صارت اقوال هذا العالم
مذهبا لكم تفتون بها وتقضون وقد سوغتم من تقليد هذا ما سوغتم من تقليد الآخر
فكيف صار هذا صاحب مذهبكم دون هذا ، والا فلا نسوغ اتباعه فان كان
اقوالهم من الدين فكيف ساغ لكم اخذ الدين ، وان لم تكن اقواله من الدين
فكيف سوغتم تقليده

ثم انكم معشر المقلدين اذا قال بعض اصحابكم ممن قلدتموه قولا خلاف قول
متبوعكم او خرج على قوله جعلتموه وجها وقضيتم وافتيتم به فاذا قال الامام الذي
هو نظير متبوعكم او فوقه قولا يخالفه لم تلتفتوا اليه ولم تعدوه شيئا ومعلوم
ان واحدا من الائمة الذين هم نظير متبوعكم اجل من جميع اصحابه من اولهم الى
اخرهم فقدروا اسوأ التقادير ان يكون قولهم بمنزلة وجه في مذهبكم فيا لله العجب
صار ... اذا قال قولا واحد من مشايخ المذهب احق بالقبول من اقوال
الخلفاء الراشدين وابن عباس وابن مسعود وهذا من بركة التقليد بدون
النظر في الدليل فان احتججتم لذلك بترجيح متبوعكم بوجه من وجوه
الترجيح في تقدم زمان او زهد او ورع او لقاء شيوخ وائمة لم يلقهم
من بعده او كثرة اتباع لم يكونوا لغيره قيل لكم فلو نهض الاخرون ان يبدوا لمتبوعهم
من الترجيح بذلك او بغيره ما هو نظير ذلك او فوقه ، بل نقول لكم
كفى ان تقولوا لهم جميعا ان قدمتم هذا بوجه فعليكم ان تقدموا قول
متبوعكم لقول من هو افضل منه من الصحابة والتابعين فاين اتباع ابن
عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت من اتباع المتأخرين في الكثرة والجلالة
واين في اتباع الائمة مثل عطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة .

وقد نهى الائمة الاربعة عن تقليدهم وذموا من اخذ اقوالهم بغير حجة
فقال الشافعي مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل
افعى تلدغه وهو لا يدري ذكره المزني في اول مختصره
اختصرت هذا من علم الشافعي ومن معنى قوله لاقربه على من اراده
مع اعلامه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط
لنفسه . وقد فرق احمد بين التقليد والاتباع فقال ابو داود

سعة فحظر الاتباع أن يتبع الرجل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن
أصحابه ثم هو من بعد في التابعين مخير وقال أيضا لا تقلدني ولا تقلد
مالكا ولا الثوري ولا الأوزاعي وخذ من حيث أخذوا ومن قلة فقه الرجل
أن يقلد دينه الرجال وقال أبو يوسف لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى
يعلم من أين قلنا

والمعروف عند أهل العلم أن تثبت أن تقليد إمام في فرع مؤقت وقيل لمن يستطيع
النظر في الأدلة ومراتبها وترجيح دليل على دليل أو رأيا بأنه الراجح وتأباه
أقوال الأئمة ودلائلها معروفة في المذاهب والأدلة ولم يكلف بعد ذلك أحد نفسه
وإن أخذ بقيت الأقيسة ونصوص سواء أكان جزئيا أو كليا فليس يتعين على
من عرف محل الأدلة في العلوم العقلية وعلوم الفقه أن يرجح دليلا على دليل
ويعمل بما اطمأنت إليه نفسه وقد نص الغزالي على أن العامي الذي يجد
في نفسه أمام رأيين لا يتخير بينهما وعليه أن يختار ما اطمأنت إليه نفسه
ويجب عليه العمل به وإذا كان هذا حال العامي فما بالك حال العالم الذي
يستطيع فهم الأدلة وترجيح بعضها على بعض

(٩) قضاء القاضي ~~[illegible]~~ وفتواه بخلاف مذهبه

في حاشية ابن عابدين تحت قوله الفتح: ولو قضى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامداً ففيه روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين وجه النسيان والعمد والفتوى على قولهما وذكر في الفتح في الصغرى ان الفتوى على قوله والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمداً لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلِّد والحاكم الذي ولاه ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد واما القاضي المقلد اي المقيد بمذهب من المذاهب فانما ولاه الحاكم ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم

وفي شرح الدر: قضى من ليس مجتهداً كالحنفية زماننا بخلاف مذهبه عامداً لا ينفذ اتفاقاً وكذا ناسياً عندهما ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه فتقيّد بلا خلاف وان الامر فمتى صادف مجتهداً فيه نفذ امره ~~بخلاف~~ كما قدمنا عن سير التتارخانية والمحيط

وفي حاشية ابن عابدين وقد قدمنا ان السلطان لو حكم بين الخصمين فالصحيح نفاذه قال الرملي وفي الخلاصة وفي النوازل انه لا ينفذ وفي ادب القاضي للخصاف لا ينفذ وهو الاصح وقال القاضي الامام ينفذ وهذا اصح

ونذكر هنا ملخصها على ما يأتي :

(١) القاضي المجتهد اذا قضى بخلاف رأيه ناسياً ففي نفاذ قضائه وعدمه روايتان كلاهما مفتى به . واذا قضى بخلاف رأيه عامداً لا ينفذ قضاؤه على المفتى به . ووجه هذا سببان : السبب الاول ان قصده مخالفة رأيه دليل الهوى والغرض والثاني ان الحاكم الذي ولاه ما ولاه الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره فلا يملك مخالفته لانه معزول عن المخالفة

(٢) القاضي المقلد لا ينفذ قضاؤه بخلاف مذهب متبوعه عامداً او ناسياً لانه انما ولي ليحكم بمذهب متبوعه (كابي حنيفة مثلا) فهو معزول عن الحكم بغير هذا المذهب

(٣) للسلطان ان يحكم ~~[illegible]~~ ويقضي بين الخصوم على المفتى به . ومتى صادف مجتهداً فيه نفذ امره

ولا شبهة في أن علة عدم نفاذ حكم الشافعي بخلاف مذهبه سواء أكان مجتهدا أم
مقلدا، انحصرت في تعريف الأول اتباع الهوى والثاني عزله عن خلاف
مذهبه. ونحن لا نخالف في هذا. وقد صرح بأن الحكم بالهوى باطل وصرح
بأن الحكم بخلاف ما أذن به الشافعي في الحاكم الذي ولاه باطل

وكلنا الذي نتحدث عنه شيء وراء هذا كله. فنحن إنما نتحدث عن
قانون مخصص الحاكم ويلزمه في القضاء باتباع مذهب معين في جزئية بعينها
لمصلحة رآها ورآها السلطان. ونحن نصرح بأن هذا جائز شرعا
وأن الشافعي يجب عليه شرعا أن يتقيد في مثل هذا بما يقيده به الحاكم
ولا يجوز له أن يتقيد بغير ما قيده به الحاكم وإلا كان قضاؤه
باطلا. ونحن نقول إن الشافعي نائب عن الحاكم في الحكم وقد كان يجوز
للحاكم أن يتقيد بالأقوال التي يريد تقييده بها فيجب عليه
اتباع شروط التوكيل عنه



قضاء القاضي ونفاذه بالضعيف من مذهبه

في ابن عابدين سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن ابن الصغيرة زوجها
من حفيد وقبل ابيه وكبر الصغير وبينهما محبة منقطعة وقد كان التزويج بشهادة
الفسقة هل يجوز للقاضي ان يبعث الى شافعي المذهب ليبطل هذا النكاح
بسبب انه كان بشهادة الفسقة قال نعم

وفي شرح الدرر وجزم المصنف بان القاضي اذا خالف مشهور مذهبه
لا ينفذ حكمه في الاصح كما لو ارتشى الا ان ينص السلطان على العمل بغير
المذهب فيسوغ فيصير حنفيا زفريا ونحوه لم يقيد بالراجح فلان
~~وفيه~~ وفي حاشية ابن عابدين وحاصل عبارة المصنف ان قضاء
قضاة الزمان مطلقون بقولهم اتباعا لحكام الدنيا ونحوه قول ما سأله
كما قال الكمال ونحوه ومن لم يجتهد فيه ونحو في جامع الفصولين ان
لو قضى به خلافه ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا والوجه عندي في هذا
الزمان عدم نفاذه لانه انما يقضي باخف الحال في مقابلته اهـ

ومن هذه المسائل التي تناولها هذا الخلاف ان الرجل اذا طلق زوجته
ثم تزوجها زواجا صحيحا وطلقها قبل الدخول ونحو في العدة يجب عليه المهر تام ويجب
عليها عدة مبتدأة وقال محمد تكميل العدة الاولى فقط وقال زفر
لا يجب عليها تكميل العدة الاولى وتحل للازواج فور الطلاق .

وفي رسالة رسم المفتي قال السبكي في الوقف من فتاويه
يجوز تقليد الوجه الضعيف في نفس الامر في حق نفسه لا الفتوى
والحكم فقد نقل ابن الصلاح الاجماع على انه لا يجوز وقال العلامة
الشرنبلالي في رسالة العقد الفريد في جواز التقليد مقتضى مذهب
الشافعي كما قال السبكي منع العمل بالقول المرجوح في القضاء والافتاء
دون العمل لنفسه ومذهب الحنفية المنع لكون المرجوح صار منسوخا
قلت والتقييد بانه صار منسوخا انما يظهر لو كان في المسألة قولان
رجع المجتهد عن احدهما او علم تأخر احدهما عن الآخر والا فلا كما
لو كان في المسألة قولان قول لابي يوسف وقول لمحمد فانه لا يظهر النسخ
لكن مراده انه اذا صحح احدهما صار الآخر بمنزلة المنسوخ وهو معنى
ما عرف في المعروف ثم ان المرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم ثم
ما ذكره السبكي من جواز العمل بالمرجوح في حق نفسه عند الشافعية

تخالف ما مر عن العلامة قاسم من نقل الاجماع على عدم العمل بالشاذ من الاقوال
الا ان يقال المراد بالعمل الحكم والقضاء وهو بعيد والاظهر في الجواب اخذا
من التعبير بالشاذ ان يقال ان الاجماع على منع اطلاق التخيير اي بان
يختار ما يشتهي كما اراد من الاقوال في اي وقت اراد اما لو عمل
بالضعيف في بعض الاوقات لضرورة اقتضت ذلك فلا يمنع منه
وعليه يحمل ما تقدم عن الشرنبلالي من انه نقل عن الحنفية المنع
وفي رسالة رسم المفتي وذكر العلامة عن بحر الائمة لو افتى مفت بشيء
من هذه الاقوال في مواضع الضرورة طلبا للتيسير كان حسنا وبه
علم ان المضطر له العمل بذلك لنفسه كما قلت وان المفتي له الافتاء به للمضطر
فما مر انه ليس له العمل بالضعيف ولا الافتاء به محمول على غير مواضع الضرورة
كما علمته من مجموع ما قررناه
وفي متن خليل مع شرحه وحكم الشاهد المقلد بقول امامه اي بالراجح
منه لا بقول غيره ولا بالضعيف من مذهبه وكذا المفتي فان حكم بالضعيف
نقض الا ان يكون مشتهرا ضعيفا وكان الحاكم من اهل الترجيح وترجح عنده
ذلك الحكم بمرجح فلا ينقض كما لو كان عنده من الرخص وهو من اهله
قال الدسوقي قوله لا بقول غيره اي ولا يجوز له الحكم بقول غير امامه
وان حكم لم ينفذ حكمه والقول بانه يلزمه الحكم بقول امامه ليس متفقا
عليه حتى قيل ليس امامه رسولا ارسل اليه بل قلدوا فلانا اذا اشترط
السلطان عليه ان لا يحكم الا بمذهب امامه فقيل لا يلزم الشرط وقيل
بل تفسد التولية وقيل يمضي الشرط للمصلحة
وقال الدسوقي ايضا قوله وكذا المفتي اي فلا يجوز له الافتاء الا
بالراجح من مذهب امامه لا بمذهب غيره ولا بالضعيف من مذهبه
نعم يجوز له العمل بالضعيف في خاصة نفسه اذا تحققت الضرورة
ولا يجوز للمفتي الافتاء بغير المشهور لانه لا يتحقق الضرورة بالنسبة
لغيره كما يتحققها بالنسبة لنفسه ولذلك سدوا الذريعة وقالوا تمنع
الفتوى بغير المشهور خوف ان لا تكون الضرورة محققة لا لاجل انه لا
يعمل بالضعيف ولو تحققت الضرورة قال البناني ويؤخذ من كلامه
هذا انه يجوز للمفتي ان يفتي صديقه بغير المشهور اذا تحقق ضرورته
وهو ثابت في الحديقة لا يخفى

وهذا هو مقتضى الفقهاء في العمل بالقول الضعيف فما الذي يرشد اليه هذه النصوص يرشد الى ما يأتي

(١) للقاضي ان يلجأ الى غير مذهبه للضرورة (فتوى عليش)

(٢) للقاضي ان يحكم بغير المشهور من مذهبه اذا نص السلطان على ذلك (رد المحتار)

(٣) للقاضي ان ينقض بالقول المنصوص على عادة كقول ابن عرفة في حكم المعدن الى آخر ما ذكره ولا ينقض قضاؤه لانه مجتهد فيه الا اذا كان في حقه باطلا اخذا بما اراد للهوى والغرض (عبارة الدسوقي وتعليلها)

(٤) جواز العمل والافتاء بالقول الضعيف في مواضع الضرورة (عبارة المعراج عن فخر الائمة)

(٥) جواز العمل بالضعيف للشخص في خاصة نفسه والفتوى اذا تحققت الضرورة (عبارة الدسوقي)

(٦) منع التخيير اذا كان الغرض منه الالتجاء الى القول الضعيف لشهوة والغرض اتباعا للهوى وابتغاء حطام الدنيا

ويجب ان يلاحظ ان فتوى عليش وابن عرفة كانت مبنية على ان القاضي المحقق لا يجوز له القضاء بغير مذهبه لانه معزول عنه ولذلك اجاز له الالتجاء الى شافعي يستطيع القضاء بذلك

ولا يمكن لاحد ان يعرض لهذه الاحكام المستفادة من هذه النصوص دون ان يتوقف عليها والاحكام الدينية انه لا يجب على مسلم الاخذ بقول فقيه المعين ومن ثم وكل فرد على ان الحكم لما يجب عليه ان يتبع تقليد الرجال ايا كانوا واذا تعذر على مسلم ان ينال الاحكام بنفسه فانه يجب عليه ان يقلد ويسأل اهل الذكر

المجتهد يحرم عليه شرعا ان يعمل بغير رأيه سواء اكان مجتهدا مطلقا او مجتهدا في مسائل او مسائل خاصة. والمقلد الذي يستطيع النظر في الادلة وترجيح بعضها على بعض يجب عليه ان يعمل بما يترجح عنده بالدليل ولا يجوز له ان يتخير. ومن لا يستطيع الترجيح يتخير او يعمل بما يطمئن اليه قلبه

والقاضي والمفتي لا يحيدان عن هذا غير ان القاضي يمتاز عن غيره العامل لنفسه اذ ان عليه ما يقلد القضاء من الحاكم يجب

عليه اتباع شروط الحاكم الذي ولاه فان ولاه على ان يحكم بمذهب الامام
النعمان ابي حنيفة مثلا وجب عليه امتثاله وان حكم عليه العمل بالراجح
وجب عليه امتثاله وان نص في منشوره على العمل بالقول [illegible]
موجود في مسائل معينة وجب عليه امتثاله وان نص في منشوره
على العمل [لعمل] بغير مذهب ابي حنيفة في مسائل معينة وجب عليه امتثاله.
ومنه حكم الشافعي بما [بما] يخالفه به الحاكم الذي ولاه لا يمكنه ان يتعداه
حكمه للاعذار والمرض ولانه حكم لا ينفذ الا ان لا ينفذ حكمه بل يصير
الامر على العكس فان حكم بالراجح لا ينفذ لانه معزول عنه ويكون حكمه باطلا
لانه فقط المعزول نقطة اخذ الحال
ولا يغيب عنا ان نبادر الى الشورى بين القول الضعيف عند ما يخص العلماء
لمصلحة في مصالح الامة لا يبقى ضعيفا بل يصير راجحا ويستفيد منه الى
نقطة آخر [دهر] فصل بعض الاحكام تبعا لتغير العرف والضرورات

(١٢) تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والعرف

قال ابن القيم هذا فصل عظيم النفع جدا وقع بسبب الجهل به غلط عظيم
على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة
الباهرة لا تأتي به فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم والمصالح وهي عدل
كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور
وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست
من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل

وقد ضرب لذلك أمثلة منها أن شرع لأمته الأول وجوب إنكار المنكر
ومقتضاه ولكن إذا كان إنكار المنكر يستدعي منكرا أشد منه لا يسوغ الإنكار
فوجوده كعدمه

الأوقات الحرجة

ومنها أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تقطع الأيدي في الغزو وهذا حد
نهى عنه خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض منه من تعطيله أو تأخيره

ومنها أن عمر بن الخطاب أسقط الحد بالقطع عن السارق عام المجاعة قال
السعدي حدثنا هارون بن إسماعيل الخزاز حدثنا علي بن المبارك حدثنا
يحيى بن أبي كثير حدثني حسان بن زاهر أن ابن حدير حدثه عن عمر قال لا تقطع
اليد في عذق ولا عام سنة قال السعدي سألت أحمد بن حنبل عن هذا
الحديث فقال العذق النخل وعام سنة المجاعة فقلت لأحمد تقول
به قال إي لعمري قلت إن سرق في عام المجاعة لا تقطعه قال لا إذا حملته
الحاجة إلى ذلك والناس في مجاعة ~~وشدة~~ وشدة وهذا على نحو قضية
عمر في غلمان حاطب ذكر أنهم سرقوا ناقة لرجل من مزينة وأتي
بهم إلى عمر فأقروا على أنفسهم فأراد أن يقطع أيديهم ثم ردهم
وقال لعبد الرحمن بن حاطب وهو ابن الغلمان أما والله لولا أني أعلم
أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى إن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له
لقطعت أيديهم وايم الله إذ لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك
ثم قال يا مزني بكم أريدت منك ناقتك قال بأربعمائة قال عمر
اذهب فأعطه ثمانمائة

وفي رسالة نشر العرف إذا خالف العرف الدليل الشرعي فإن خالفه
من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس
كثيرا من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك
وإن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاما والعرف خالفه في بعضه

أفاده أن كان الدليل قياسا فان العرف معتبر اذا كان عاما فان العرف العام يصلح مخصصا ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام وإن كان العرف خاصا فانه لا يعتبر وهو المذهب كما ذكره في الأشباه

وفي البزازية معزيا الى الامام البخاري الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص وقيل يثبت ويتفرع على ذلك لو استقرض ألفا واستأجر المقرض لحفظ مرآة او ملعقة كل شهر بعشرة وقيمتها لا تزيد على الاجر فعلى الاول القول صحة الاجارة بلا كراهة اعتبارا بالعرف الخاص ببخارى والصحيح الكراهة للاختلاف والثاني ولا صحة الاجارة بالتعارف العام ولم يوجد

ولو دفع الى حائك غزلا على أن ينسجه بالثلث كان مشايخ بلخ يجيزون هذه الاجارة لتعامل اهل بلدهم والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الاثر وتجويز هذه الاجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان لان النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك إلا أن الحائك نظيره فيكون واردا فيه دلالة فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك وعملنا به في قفيز الطحان كان تخصيصا لا تركا أصلا وتخصيص النص بالتعامل جائز الا ترى انا جوزنا الاستصناع للتعامل والاستصناع بيع ما ليس عنده وانه منهي عنه وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الانسان لا ترك للنص لانا عملنا بالنص في غير الاستصناع

وذكر الشراح ان البر والشعير والتمر والملح مكيلة أبدا لنص رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلا تتغير أبدا فيشترط التساوي بالكيل ولا يلتفت الى التساوي في الوزن حتى لو باع الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز وكذا الذهب بالفضة لأن المساواة واجبة عليه لان النص اقوى من العرف فلا يترك الاقوى بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة على الجواز فان قلت قد روي عن ابي يوسف اعتبار العرف في هذه الاشياء المنصوصة حتى جوز التساوي بالكيل في الذهب وبالوزن في الحنطة اذا تعارفه الناس فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص فيلزم أن

يجوز عنده ما شابهه من تجويز الربا ويجوز للعرف وإن خالف النص
قلت حاشى لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك وإنما أراد تعليل النص
بالعادة بمعنى أن النص على البر والشعير والتمر والملح بأنها مكيلة
وعلى الذهب والفضة بأنهما موزونة لكونهما كانا في ذلك الوقت
كذلك فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة حتى لو كانت العادة
في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقها وعلى
هذا فلو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم واستقراضها بالعدد لا
يكون مخالفا للنص كما فيه شبهة وهو أن الفلوس في هذه الرواية
اعتبار العيار من كيل أو وزن أما الفلوس فهي بالكلية والعدد وعنى
الى العدد المتفاوت الافراد في الوزن فهو خلاف الفقهاء وخلاف
النص الصريح في اشتراط المساواة في المكيلات والموزونات وعلى كل
حال فينبغي الجواز والخروج من الإثم عند الله تعالى إذا بنا على
العمل بالعرف أو للضرورة فقد أجازوا ما هو دون ذلك في الضرورة
فقد ذكر في البزازية في البيع الفاسد في النوع السادس في بيع الوفاء
انه صحيح لحاجة الناس فرارا من الربا فبلخ اعتادوا الدين والإجارة
وهي لا تصح في الكرم وبخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ولا تمكن
في الأشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء وما ضاق على الناس أمر إلا
اتسع حكمه فإن قلت إن الضرورة والحرج إنما تعتبر في موضع لا نص فيه
ولذا ورد على أبي يوسف في تجويزه رعي حشيش الحرم للضرورة بأن النصوص
على خلافه قلت يجاب بأن النص دل على تحريم رعي حشيش الحرم ولا دليل
على عدم الحرج فيه لأن استثناءه صلى الله عليه وسلم الإذخر نفيا للحرج
دال على أن لا حرج فيما عداه بناء على أن ذلك حرج يسير يمكن الخروج
عنه بخلاف مسألتنا فإن فيه تغيير ما اعتاده عامة أهل المصر وعامة
بلاد الإسلام والحرج معروف
ثم قال فإن قلت إن ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصا
للأثر ويترك به القياس إنما يعتبر إذا كان عاما من عهد الصحابة ومن
بعدهم بدليل ما قالوه في الاستصناع إن القياس عدم جوازه لكنا تركنا
القياس بالتعامل به من غير نكير أحد من الصحابة ومن بعدهم
ولا نسلم حصوله في كل عصر وهنا الحجة يترك به القياس قلت فيه نظر
الى قوله فعلم أن المراد بالعرف العام ما هو أعم من ذلك الأثر أن كان عاما

فيمن ورثها وتحرج الناس بأن الرائج الشائع لا يقصد أيسر كثيرا وقد
علل انه يحددها البائع اي يقطعها ذراعا ذراعا ثوب او خف على الارض ويجزئه
فإنه قالوا يصح للعرف وإن لم تصح الدعوى اذا ثبت ان هذا العرف كان
موجودا زمن المجتهدين في النصوص فالمراد من العرف العام ما قابل
العرف الخاص ببلدة واحدة وهو ما تعامله أهل البلاد عامة سواء
كان قديما او حديثا واعتبار العرف الخاص ببلدة أيضا قول في
المذهب ضعيف يجوز الاستناد عند الضرورة

فإن قلت العرف يتغير ويختلف باختلاف الأزمان فلو طرأ عرف
جديد هل للمفتي في زماننا ان يفتي على وفقه ويخالف المنصوص
في كتب المذهب وكذا هل للحاكم الآن العمل بالقرائن قلت مبنى
هذه الرسالة على هذه المسألة فاعلم ان المتأخرين الذين خالفوا
المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه الا لتغير
الزمن وعلمهم ان صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه
مما يستخرج ان الحكم في تحكيم او يمين في دعوى نفقة ونحوه بعدم سماع
دعواه او تحليفه ونحو ذلك قلت لا بد للحاكم والمفتي من
نظر سديد فللمفتي الآن ان يفتي على عرف أهل زمانه وإن خالف
زمان المتقدمين وكذا للحاكم العمل بالقرائن في أمثال ما ذكرناه
وفي رسم المفتي والتحقيق ان المفتي لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة
بأحوال الناس ومن جهل زمانه فهو جاهل هذا وأمثال هذا واضح
على ان المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير
مراعاة الزمان وأهله والا يضيع حقوقا كثيرة ويكون ضرره أعظم
من نفعه وفيه أيضا يجب ان ينظر وقوعا كثيرة في موضوعات تختلف
لذلك التقول ونحوها دائر على اعتبار العرف الخاص وإن خالف
المنصوص عليه في كتب المذهب ما لم يخالف النص الصريح ومن
ذلك ما لو باع التاجر في السوق شيئا بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل
وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما
انصرف إليه بلا بيان واعتبر فيه عرف أهل السوق الخاص وإنهم
سيصارون في أكثر البلاد مع ان المنصوص عليه في كتب المذهب حلول الثمن
ما لم يشترط تأجيله وعلى هذا فالحكم الخاص يثبت بالعرف الخاص

ومن ذلك بيع الثمار على الأشجار عند وجود بعضها دون البعض
فعدم جوازه فيرشدنا علماؤنا للعرف وكان شمس الائمة الحلواني يفتي
بجوازه وظاهر المذهب انه لا يجوز ولا شك في تحقق الضرورة في
زماننا وفيما ذكر من الجواز تيسير على الناس ورفع للحرج عنهم من حيث
صحة بيعهم وعلى الكلام في الثمار والخضروات وثمار وغيرها اتمام ذلك وبقي
شيء وهو انهم صرحوا بان بيع الثمار على الأشجار انما يصح اذا
شرط تركه او شرط القطع اما بشرط الترك على الأشجار فلا
يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه لاحد المتعاقدين منفعة وهي
زيادة النمو والنضج ولا يخفى انهم في هذه الايام وان لم يشترطوا
الترك لكنه معروف والمعروف كالمشروط ولم ار من صرح بذلك
والمتعين جوازه فانه حيث جاز للعرف بيع المعدوم من انه ينتفي بالكل
لا للاناكد فيجوز البيع مع هذا الشرط بالاولى (وهذه المسئلة تتحول
من مواقف متنوعة)
~~و~~جملة يقال ان الشروط المتعارفة المتعاهدة التي تطلقت بارواح الناس الذي را وينبغي ان
كان يملك حدود الفقهاء ولم يدل هذا على اقرارهم لعرف الناس وعاداتهم
ودل هذا انهم لم يجز للقواعد الفقهية ~~...~~ وانها ما وضعت الا لمصالح العباد
وضبط التعامل بينهم وانه يجب ان تخضع لعرفهم وان تخضع للضرورات
والحرج ~~مما يكلف بالقوانين من ... الحلال والشهوات~~
عبارات
فلا يجوز ان نجد الفقهيات الاجتهادية امام احداث الزمن وامام ما يجد
فيه من عادات ومصطلحات وهي قابلة للتجدد وقابلة للتغير امام العرف
العام وامام العرف الخاص
عمر بن الخطاب رضي الله عنه اسقط الحد عام المجاعة ولم يقطع ايدي
غلمان حاطب لان الضرورة قامت عذرا عندهم ودرأت الحد واحد رضي
الله عنه دائما عمر في المطلب والحنفية تركوا القياس والقواعد الاصلية
الثابتة بالعرف العام وخصصوا النص بالعرف العام واذا رجعت
الى قواعدهم التي توجب في المخصص ان يكون متصلا قلت انهم
شرطوا عموم النص بالعرف العام اذ العرف لا ينشأ الا بعد قرون
1 فيتعذر من ورود النص فيظل النص معمولا به قرونا طويلة ثم يجيء العرف
~~فيتكلم~~ النص ويقتصر على ما وراء المتعارف ويأخذ المتعارف
حكما اخر خلاف حكم النص فيجعل الشيء مباحا بالعرف بعد

ان كان ضرورياً بالمرضى وقد اعتمد الحنفية دلالة العرف وهي احدى الدلالات
اللفظية حيث جوزوا الاجارة على نسج الغزل بالثلث مع ان دلالة العرف
المستفادة منه تغير الطحان حرم بعقد الاجارة

مكتب شيخ الجامع الأزهر

ثامن

وقد يبدو لأول الامر ان العمل بالعرف على الطريقة التي اسلفناها عمل بما ليس
دليلا شرعيا إذ الأدلة الشرعية لا تخرج عن الكتاب والسنة والاجماع والقياس
والعرف ليس واحدا منها، وقد حاول العلماء من قبل تسويغ اعتباره دليلا بوجوه
كثيرة يعرفها من لهم سعة اطلاع على كتب الفقه والاصول وكلها اوجه لا تثبت على
التمحيص وأرى ان العمل به عمل بالأدلة الشرعية وعمل بما يستفاد من مدارك التشريع
في مواطن كثيرة وان شئت فقل انه عمل بأدلة الكتاب. ما جعل الله عليكم في الدين
ففي الكتاب الكريم يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر، على جميع التشريع الاسلامي
من حرج، هذه النصوص يجب ان تبقى سيطرتها تامة لحدوث ضرورة ما أو لحدوث
فاذا ما وجدنا ان العمل بالنصوص الخاصة يوقع في الحرج
عرف عام يوجب ترك الحرج وجب ان تقف النصوص الخاصة عن عملها في تلك
المواطن وان يعمل بالنص العام القاطع الموجب لنفي الحرج.
من ذلك تعلم ان العرف ليس دليلا وانه لم يعمل به لاعتباره دليلا وانما يعمل
به امتثالا للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج.

(توضع هنا في آخر البحث الحادي عشر)

لهم جرأة فقهاء الفقه والمحدثين الذين لم يفهموا روح الدين ولا
روح الفقه والمتقدمين

تنظر الورقة الصغيرة الملصوقة بهذه الصحيفة

(١٢) الاجتهاد في المذهب

كان ينبغي لهذا الفصل أن يلحق ببحثنا عن الاجتهاد الخاص ولكنا أخرناه لأنه نتيجة البحث السابق فناسب أن نذكره بجواره

علم مما ألقيناه في الفصل السابق أن للمفتي الآن أن يفتي بعرف أهل زمانه وإن خالف فتوى المتقدمين وأنه لا بد للمفتي من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس وأنه ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله وإلا أضاع حقوقا كثيرة وكان ضرره أعظم من نفعه

فللمفتي الآن أن يخصص نصا بالعرف العام وأن يترك القياس بالعرف العام ويترك الدليل الثابت بالعرف العام وأن يترك المنصوص عليه في ظاهر الرواية للعرف الخاص أو للضرورة والحرج وأن يرجح رأيا على رأي حسب ما تقتضيه الأسباب. وإذا لم يفعل ذلك كان ضرره أعظم من نفعه وأضاع حقوقا كثيرة. هذا هو القدر الذي لا يمكن تجاهله ولا نظن أن يحيد عنه فإن استطاع العلماء سد باب الاجتهاد المطلق فلن يستطيعوا سد باب الاجتهاد الخاص وإن استطاعوه فلن يستطيعوا سد باب الاجتهاد في المذهب لأن فيها رأيا بلا عرف عام أو خاص أو رأيا وقتيا في حادثة بضرورة عامة أو خاصة أو لاستنباط رأي في حادثة لم يكن منصوصا عليها

والحق أن الاجتهاد في المذهب لم ينقطع في أي عصر من العصور إلى جنبه وهو باق إلى الآن فالحوادث لا نهاية لها ولا يمكن أن تجمعها الكتب ويحيط بها الحصر ومن كان يدري يجد للقضاة والمفتين حوادث لا يجد في الكتب لها نصوصا فيستنبطون لها أحكاما طبقا للقواعد العامة وتنسب هذه الأحكام إلى مذهب القضاة والمفتين ويستمر هذا ما بقيت الدنيا وما احتاج الناس إلى القضاء والإفتاء

(١٧) سوابق التشريع في العمل بالأقوال الضعيفة من مذهب أبي حنيفة وبغير مذهب أبي حنيفة

صدرت لائحة ١٨٨٠ واشتملت المادة ٢٨٠ منها على أن الأحكام تكون بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة وكلمة نظار السنة والزمان بحكم القضاة في مواد القتل بمذهب الصاحبين والأئمة الثلاثة

وصدر القانون رقم ٨ سنة ١٩١٠ واشتملت المادة ٢٨٠ منه على وجوب العمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة وبمذهب أبي يوسف في مقدار الحمل وبما نص عليه في القانون المذكور مما ليس راجحا في مذهب أبي حنيفة ومما نص عليه مما ليس راجحا عدم تحليف المؤلف إذا ادعى القرابة كما في المادة ... وجواز الحكم على الغائب فيه اعلانه ولو في مواجهته إذا لم يتكلم بحجة اثباته واستبدال القانون اعتراض على الغياب ... ولم يحضر مجلس القضاء ناكلا وليس هذا مذهب أبي حنيفة وصدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ وأخذ فيه برأي محمد في التطليق للعيوب وليس هذا الراجح في المذهب وأخذ فيه برأي مالك في نفقة المعتدة وفي التطليق للإعسار وضرب الأجل لزوجة المفقود المعتدة فيه عدة وفاة وتتزوج وفي الأجل المضروب في القانون للمفقود بجميع أنواعه أخذ بآراء ضعيفة في مذهب مالك

هذه سوابق التشريع صدرت على آراء علماء المذاهب الأربعة في قانون ١٩٢٠ وأخذ فيها رأي شيوخ الحنفية الأجلاء في قانون ١٨٨٠ وقانون ١٩١٠ وهي مبنية على جواز القضاء بغير مذهب الشافعي وربما بضعيف من مذهبه إذا دعا إليه ولي الأمر لمصلحة وقد قرر الفقهاء صحة هذا الرأي وأنه حق لا يصح أن ينازع فيه ويجب أن يلاحظ أن قانون ١٩١٠ وإن أوجب على القضاة الحكم بالراجح فإنه لم يجعل الحكم بالضعيف نافذا إذا صدر بالمرجوح ونصه أن المادة ٢٨٠ جعلت الشارع أعاد النظر لإبطال الحكم مقبولا إذا لم يخالف الحكم قولا في المذهب أما إذا صادف قولا ولو ضعيفا فإنه لا يقبل الالتماس ولا ينقض

الحكم

١٤ السياسة الشرعية

السياسة الشرعية تدبير مصالح العباد على مقتضى قواعد الشريعة الاسلامية فما كان منصوصا عليه في كتاب الله وسنة رسوله (صلعم) او اجمع عليه المسلمون وجب اتباعه وعدم الخروج عنه ولا يجوز لولي الامر احداث شيء من النظم يخالفه او يهدمه وما لم يكن منصوصا عليه او مجمعا عليه فهو محل الاجتهاد ويجوز ان يتوفر له من النظم ما لا يخرج عن قواعد الشريعة العامة ما يكون الغرض منه الوصول الى حفظ دائرة الحرج منه بالعدل ورد الظالمين عن ظلمهم وتوفير اسباب السعادة والرفاهية للعباد ولما كانت نصوص الكتاب والسنة لا تفي بتفصيلات الحوادث جميعها في كل زمان ومكان كان من الحتم ان تتوفر النظم وهذا ما نسميه السياسة الشرعية ولذلك كانت السياسة مما لا يستغني عنها مذهب من المذاهب ولا تستغني عنها دولة من دول الاسلام. قال ابن عقيل في الفنون جرى في جواز العمل بالسياسة الشرعية انه الحزم ولا يخلو من القول به امام وقال شافعي لا سياسة الا ما وافق الشرع فقال ابن عقيل السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس اقرب الى الصلاح وابعد عن الفساد وان لم يضعه الرسول (صلعم) ولا نزل به وحي فان اردت بقولك الا ما وافق الشرع اي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح وان اردت لا سياسة الا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة فقد جرى في عهد الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن ولو لم يكن الا تحريق المصاحف فانه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الامة ونفي عمر بن الخطاب نصر بن حجاج ولم يكن هناك سبب لنفيه الا انه كان جميلا تفتتن به النساء وقد قاسم عمر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية (ارسل اليه محمد بن مسلمة باحراقه) والزم الصحابة ان يقلوا من الحديث عن رسول الله (صلعم) لما اشتغلوا به عن القرآن سياسة منه للرعية الى غير ذلك مما فعله عمر ومن بعده من الخلفاء.

وقد تكرر هذه الحوادث التي فعلها عمر رضي الله عنه والافعال مجرد على آثار ما حدثنا به هذا البحث واكثر مما صح قاله ابن عقيل

في النفوس غير أني لا أريد الآن أن أستدل بها على الأمر في نفسها
فلنقتصر الآن على أن لا يجب لولي الأمر النهي عن واجب أو مندوب
ولا الأمر بمحرم أو مكروه أما ما عدا ذلك فيجوز له أن يفرض
من الأنظمة ما يرى فيه مصلحة للأمة

(١٥) طاعة ولي الأمر

يا أيها الذين آمنوا

قال الله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم»
أمر الله تعالى بطاعته وطاعة رسوله وأعاد الفعل إعلاماً بأن طاعة
الرسول تجب استقلالاً من غير عرض ما أمر به على الكتاب بل إذا أمر
وجبت طاعته مطلقاً سواء كان ما أمر به في الكتاب أو لم يكن فيه
فإنه أوتي الكتاب ومثله معه ولم يأمر بطاعة أولي الأمر استقلالاً
بل حذف الفعل وجعل طاعتهم في ضمن طاعة الرسول إيذاناً بأنهم
إنما يطاعون تبعاً لطاعة الرسول فمن أمر منهم بطاعة الرسول وجبت
طاعته ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة كما صح
عنه (ص) «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» وقال «إنما الطاعة
في المعروف» وقال في ولاة الأمور «من أمركم منهم بمعصية الله فلا
سمع له ولا طاعة»

وقد اختلف في أولي الأمر فقيل هم الأمراء وقيل هم العلماء وهما
روايتان عن الإمام أحمد والتحقيق أن الآية تتناول الطائفتين
وطاعتهم من طاعة الرسول لكن العلماء يبلغون أمر الرسول والأمراء
ينفذونه فحينئذ تجب طاعتهم

وفي الألوسي وقد اختلف في المراد بهم فقيل أمراء المسلمين في عهد
الرسول (ص) وبعده ويندرج فيهم الخلفاء والسلاطين والقضاة
وغيرهم وقيل المراد بهم أمراء السرايا وقيل المراد بهم أهل العلم
وحمله كثير وليس ببعيد على ما يعم الجميع لتناول الاسم لهم لأن
١ للأمراء تدبير أمر الجيش والقتال وللعلماء حفظ الشريعة وما يجوز
وما لا يجوز ثم إن وجوب الطاعة لهم ما داموا على الحق فلا
تجب طاعتهم فيما خالف الشرع إنما الطاعة في المعروف

وهل يشمل المباح أم لا؟ فيه خلاف. فقيل إنه لا تجب طاعتهم فيه
لأنه لا يجوز لأحد أن يحرم ما أحله الله تعالى ولا أن يحلل ما حرم الله تعالى

وقيل تجب طاعته ايضا كما نص عليه الحصكفي وغيره وقال بعض
محققي الشافعية تجب طاعة الامام في اوامره ونواهيه ما لم يأمر بمحرم
وفصل بعضهم فقال الذي يظهر ان ما امر به مما ليس فيه مصلحة عامة لا يجب
امتثاله الا ظاهرا فقط بخلاف ما فيه نفع فانه يجب باطنا ايضا
وكذا يقال في المباح الذي فيه ضرر للمأمور به انتهى
فعلم من هذه النصوص انه لا تجب الطاعة اذا امر ولي الامر بمحرم او نهى
عن واجب اما اذا امر بمباح فيه مصلحة عامة او نهى عن مباح فيه
ضرر فانه يجب امتثال امره ونهيه ظاهرا وباطنا على راي
الحصكفي وغيره من الحنفية وعلى راي محققي الشافعية والمباح
الذي لا مصلحة فيه اذا امر به الامام يجب امتثال امره ظاهرا
فقط ولا يخفى ان الامتثال ظاهرا وباطنا بحيث حكما شرعيا
اخرويا فعلا ودنيويا فامر الامام يحدث وجوبا شرعيا ونهيه
يحدث حرمة شرعية ولذا يقال ان الحكم هو الله تعالى وليس لاحد غيره
ان يحلل ويحرم وهذا صحيح لان الحكم الذي يحدث عند امر
الامام ونهيه لم يحدث بامره ونهيه بل حدث بامر الله تعالى
وخطاب التكليف (واطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم)
يتوجه على الناس عند امر الامام او نهيه فالامر من قبل الامام سببا
في توجه الخطاب كما ان الزوال سببا في توجه الخطاب باقامة الصلاة
فالذي احل وحرم هو الله تعالى

(١٦) ٢٧

التخصيص في القضاء

لا نزاع في جواز التخصيص في القضاء وهو مبدأ مقرر في كتب الفقه
لأن سلطة القضاء من حيث الحاكم له أن يستمدها جميعها الى شخص
واحد وله أن يستمدها الى اثنين فأكثر وله أن يجزئها فيولي للأحكام
قاضيا وللمواريث قاضيا وللتحجير والتفليس قاضيا ولا نزاع في أنه
اذا خصص بعض القضاة بأنواع وجب عليه أن يحيل باقي الأنواع
لقضاة آخرين أو يسمع الدعاوى بنفسه . وقد قرر الفقهاء أن قضايا
الحقوق لا تسقط بالتقادم . وفرعوا عليه أن اقرار شخص بحق يلزمه
فيلزمه الحق وان طالت المدة . فهذا مما لا نزاع فيه . ولكن
هل يجوز هذا في كل دعوى ينهى الحاكم عن سماعها متى كانت الأسباب
الداعية الى النهي أداة توجد دعاوى قد ينهى الحاكم عنها لأسباب
خاصة فلا يجب عليه سماعها ولا انابة غيره لسماعها ؟ هذا محل
النزاع في مسألة التخصيص . وهو موضوع دقيق يصلح أن يكون مثار النزاع
وان يكون موضع اختلاف الآراء وتنشعب على جملة عبارات
الفقهاء وتواليف التشريع في القضاء المصري

صدرت أول لائحة للمحاكم الشرعية ١٨٨٠ ونصت المادة (٢٤) فيها على
النهي عن سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إلا في الوقف والإرث
فبعد ثلاث وثلاثين سنة . ولم يسمع الحاكم دعوى نهى عنها ولم يعين
من يسمعها من جهة القضاة

صدرت بعد ذلك لائحة ١٨٩٧ وتضمنت المادة (٣٠) منها المنع من
سماع دعوى الوقف واستبداله ونحو ذلك مما يتعلق به من الشروط
الا اذا وجد اشهاد شرعي ممن يملكه على يد حاكم شرعي وتضمنت
المادة ٣١ المنع من سماع دعوى الزوجية او الطلاق او الاقرار بهما
بعد وفاة أحد الزوجين الا اذا كانت الدعوى مؤيدة بأوراق خالية
من شبهة التصنع تدل على صحتها ~~الدعوى~~ وتضمنت المادة ٩٦ المنع من
سماع الدعوى لمضي المدة على النحو المبين في المادة ١٤ من لائحة ١٨٨٠
ولم يسمع الحاكم دعوى نهى عنها في هذه اللائحة ولم يعين من يسمعها
صدر بعد ذلك قانون ١٩١٠ وتضمنت المواد ١٠٠ و ١٠١ و ١٢٧
و ١٧٦ منه على النهي عن سماع الدعاوى المبينة فيها ولم يسمع الحاكم

دعوى من هذه الدعاوى ولم يعرف من سمعها وحدث في نوفمبر ١٩٢٠

وكان ذلك الدعوى مع أنه عند سماع دعوى أن للاستدانة عادة في الحوادث التي مضت

سنة ولم يعرف الحاكم من سمع مثل هذه الدعوى

في نوفمبر ١٩٢٠ اجتمع أصحاب الفضيلة شيخ الأزهر الشيخ محمد أبي

الفضل ومفتي الديار السابق الشيخ محمد بخيت كبير الحنفية وشيخ المالكية

بالنيابة وشيخ الشافعية بالنيابة وكان الأستاذ الشيخ بخيت أكبر فقهاء

مصر وأعلمهم في نوفمبر ١٩١٠ وعرض هذه الفتاوى على مجلس الشورى

وبحث وأفتى بجواز سماع هذه الدعاوى والأستاذ الشيخ

الشيخ حسونة النواوي والأستاذ ١٨٨٠ بتوقيعه باسم الأستاذ الشيخ

المهدي العباسي وكان رحمه الله عليه حجة في الفقه حنبلي في رأيه

في دينه

هذه سوابق الشريعة وقد أوجدت نوعا من النهي عن دعاوى الأسباب

خاصة مع العلم بأن ولي الأمر لا يسمعها ولا يعرف من يسمعها فمن

خرج هؤلاء العلماء كلهم على قواعد الفقه جميلا وتطبيقه على الكلام

وإنهم لم يخرجوا عن الفقه وعملوا به وإن كانوا يأخذون بالقول بأنهم لا يجهلوا

ولا خالفوا وإنهم كانوا على حق فيما فعلوه

عند جهة القضاء وإنهم يخافون البعيد والقريب لا يزال في نفسه أثر منه

ولذلك الشكوى من أحكام صدرت بزوجيات وأنساب وموصيات وأوقاف

وشروط في أوقاف وتقسيمات لمقتنيات شخصيات وكانت هذه الأحكام

تبنى على شهادة الشهود وحدهم وعلى قبلها أحكام أمثالها ومن يرتكبها

طرف التزوير بمهارة وكانت البينة الوحيدة مقبولة في هذه

الشكايات وخطأ بعض الأحكام فلم يكن الولاة الأمور بد من أن

يقفوا سدا أمام هذه الانقلابات والمفتريات وأمام ذمم الشهود

التي تباع وتشترى وقد كانت الشهادات أقوى الأدلة المرجحة أيام

كان الدين وازعا وكان في القرون من الحديث حجة تؤخذ منه شتى

الأحكام المرجحة ولكن الناس غير الناس وحدث للناس أقضية

بقدر ما يحدثون من الفجور ولذلك وجدت قواعد النهي عن سماع بعض

الدعاوى الأمور به باوراق تدل على صحتها أو شهود من الصحة ولم

يخطر لهم على بال وقت وضع هذه القواعد أن يسمع ولي الأمر هذه

الدعاوى وانما قصدوا اسقاد الباب في وجه المزورين واعدام هذه القضايا وليس من المعقول ان يسدوا الباب امام القضاة ثم يفتحوه امام من يتبعون حكمهم والا كان هذا عبثا وسخرية وتهكما بالقضاة وتسجيلا عليهم انهم ليسوا اهلا لسماع هذه الدعاوى لغفلتهم وجهلهم

واذا نظر الى الدعاوى المنهي عنها في جميع القوانين يرى ان الغرض من النهي هو تقييد الادلة وعدم الاخذ بما يشهد به الشهود وحدها لا يخرج عن ذلك فان النهي عن سماع بمضي المدة والنهي عن سماع ان للمعتدة عادة في الحيض اكثر من سنة والنهي بمضي المدة هو ما نص القانون عليه النفقة والنهي في مسائل المعتدة مبني على انها لعدم الاوراق بحيث سماع دعوى المتعنتة وسيذكر هذا فيما بعد.

كان من المعقول جدا ان يتغير الحكم وخففت العدالة ان تحفظ لفقد دليل الشهادات قيمته التي كانت له من قبل وان يحل مكانه دليل اقوى منه تطمئن اليه نفوس القضاة وهو الدليل الكتابي

وان تكاثر الزمن تغير بتغير الوقت والزمان ولم تكن الشهادات اقوى الادلة الا لقوة الصدق ونباهة الخلق ولم يكن الخط دليلا عند جميع فقهاء الحنفية المتقدمين الا لضعف حجته لان الخط يشبه الخط اما الآن فقد اشرف الدليل الكتابي قوة التي منحها الله اياه في كتابه واصبح لنفي الشبهة طريق قوي هو طريق الخبراء وطريق اقوى هو طريق التسجيل الرسمي

تغير الزمن والشهادة بالشهادات امام المحاكم دعت ولاة الامور ان يقيدوا قبول الشهادات بان تصحب بدليل قوي فالواقع ان النهي عن سماع هذه الدعاوى معناه النهي عن قبول نوع من الادلة الضعيفة واحلال نوع من الادلة القوية محلها والبينة في لسان الشارع معناها ما يظهر به الحق ولها انواع كثيرة منها الدليل الكتابي والقرائن وشهادة الشهود وغير ذلك مما هو معروف في كتب الفقه

هذا نوع من التخصيص لا يدخل في النوع الاول الذي هو من باب تقرير المسائل وانما هو نوع آخر من باب تقييد الادلة اما النهي بمضي المدة والنهي في مسائل المعتدة فللشطط الحيل والتزوير ولان هذه دعاوى يكذبها الظاهر والدعاوى التي يكذبها الظاهر لا يجوز سماعها كما سيعلم مما يأتي

٢٥

٤٠

وليس هذا منعا لشئ نص عليه وانما هو تخصيص لنصوص اعتبار الشهادة بالضرورة والحرج وبحيث الشهادة يعمل بها في نزاع العادي الذي بينها وتنتفي الضرورة وينتفي الحرج اذا منع هذا كما علم مما اسلفناه في البحث الحادي عشر

وقد يقال ان هذا يؤدي الى ضياع بعض الحقوق التي تكون ثابتة في الواقع وليس لها دليل الا الشهادات ونحن لا ننازع في هذا ولكنه شر قليل يغتفر بجانب الخير الكثير الذي جاء بسبب النهي وهو طرد الدعاوى المكذوبة في الوقف والنسب والزواج والطلاق والهبة والايصاء وتنفيذ المعتقدات وقد كان يجلل ذلك بسواد ايام كان الفقهاء لا يعتدون الا بالاوراق الخطية باثبات فيهم وكما يحتاج الناس الى اثبات زوجية حقة ونسب صحيح فانهم يحتاجون الى نفي زوجية كاذبة ونفي نسب باطل

والواقع الذي دلت عليه التجارب ان هذه القيود في طرق الاثبات كان لها اثر ادبي في سماع الدعوى كي يقول الناس حملت الناس جميعهم على العناية بحقوقهم وتدوينها فلم تضع حقوق بسبب هذه القيود وانما تأكدت باقوى طرق الاثبات وكانت النتيجة طرد الدعاوى المكذوبة من امام المحاكم وبقاء الدعاوى الصحيحة واذا كان الناس يحرصون على حقوقهم في قيراط من فدان وعلى ثمن الديون ما قل منها وما كثر لعلمهم ان الكتابة هي طريق الاثبات امام المحاكم الاهلية فهم اشد حرصا بلا ريب على اعراضهم وانسابهم فكرة ضياع الحقوق بسبب النهي عن سماع الدعاوى الا مؤيدة باوراق صحيحة فكرة خيالية محضة لا تشهد لها التجارب ولم يعطلها مزاولة الأعمال

وفيما اسلفناه ان النهي عن الصور التي وردت في جميع المنشورات كان الغرض منه اقفال باب الحيل والتزوير في الدعاوى التي يكذبها الظاهر وهي دعوى الحق بعد مضي المدة ودعوى الشفعة في الدعاوى في الحيضة [illegible] وكان الغرض منه تقييد الادلة وحمل الناس على اثبات حقوقهم بادلة اقوى من الشهادات فيما ان لهم ضعف دليل الشهادات واحتيجت قضية (قصبة) مرفوضة لا يسمع الدعوى بها في اقتصارنا الحالة التي نظرتها المحاكم

وقد تجنب هذه الشوائب وخزى رعاة الفتنة وقادة الضلال .

والآن فنشير الى اقوال الفقهاء والتي ترشد الى ان صاحب موقع النهي عن سماع الدعوى لا يجب فيه ان يسمع الحاكم الدعوى المنهي عنها ولا ان ينيب عنه من يسمعها

في البحر وقد قدمنا ان من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضي سنين تكلموا في المسقط لا يخالف (وهو وجد ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا) فانه ليس فيه قضاء بالسقوط وانما فيه عدم سماعها . وذكر الشراح باتفاقهم عند ذلك مع ورود النهي من السلطان ايده الله بعدم سماع حادثة لها خمس عشرة سنة وافتيت بعدم سماعها عملا بالنهي .

وقال ابن عابدين في حاشية الدر قال في الاشباه ويجب عليه سماعها اي ويجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماعها بعد هذه المدة ان يسمعها بنفسه كي لا يضيع حق المدعي والظاهر ان هذا حيث لم يظهر ~~[illegible]~~ من المدعي امارة التزوير

وفي رسالة نشر العرف فاعلم ان المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه الا لتغير الزمان والعرف وعلمهم ان صاحب المذهب لو كان في زمانهم لقال بما قالوه ما يستخرج به الحق من الظالم أو يدفع دعوى المتعنت ونحوه بعدم سماع دعواه

وفي الرسالة المذكورة ايضا بعد ان عدد اشياء التي حكموا فيها (قال:) القرائن والعرف ومنها عدم سماع الدعوى بعد تركها بحسب المراد على ما فيه من الاعتراض كما افتى به ابو السعود والخير الرملي وعدم سماع الدعوى ممن سكت بعد الاطلاع على بيع جاره او قريبه دارا مثلا

وقد علقوا المنع عن سماع الدعوى بمضي خمس عشرة سنة فبقطع الحيل والتزوير ولم يذكروا له سببا غير هذا . واذا تأملنا جميع الاسباب التي منع لاجلها سماع الدعاوى المذكورة نجدها ترجع الى سبب واحد في الحقيقة وهو عدم وجود الحق

وهو ظهور [illegible] بالذينية السلطانية [illegible]

٤٥

بحسب الظاهر للمدعي فعدم سماع الدعوى لمضي ثلاث وثلاثين سنة سببه
ان المدعي ليس له حق ظاهرا (تكذيب الظاهر) وعدم سماع دعوى القريب والجار اللذان على
خبر بيعه او جاره بعد رؤيته يتصرف فيه زمنه سكوته عند تصرفه
سببه (هذا) عدم وجود الحق ظاهرا لان السكوت دليل في الظاهر على ان
المتصرف هو صاحب الحق في الدار ولم يجدوا بدا لعدم سماع هذه
الدعوى وعدم سماع دعوى الموقوف بحسب الميراث على ما قيد الاول
سببه قطع دابر الحيل والتزوير المعروفة من امثال هولاء
وما عرف عنهم دليل على ان الحق ليس لهم ظاهرا (الظاهر يكذبه) والنهي عن سماع
الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة علاوة بانه لقطع الحيل والتزوير
لان سكوت المدعي هذه المدة في غير الوقف والارث دليل على عدم
الحق ظاهرا

(فيما منه سماع الدعوى) الحوادث

والمعروف من تتبع كتب الفقهاء اصلها بناء على تكذيب
الظاهر انهم لا يريدون من احد سماعها لا القضاة ولا غيرهم
ولذلك قال ابن عابدين بعد ان نقل حكم وجوب السماع على الامام
بعد النهي عن الدعوى والظاهر انه محل هذا حيث لم يظهر من المدعي
امارة التزوير وبعبارة اخرى اذا كان النهي لظهور امارة التزوير (ولا موجبة
لعدم وجود الحق ظاهرا) لا يجب على الامام السماع بعد النهي
وقد صرح ابن عابدين في رسالة نشر العرف بان للمفتي والناظر
والقاضي ان يفعل كما كان يفعل الفقهاء من قبل فيفهمون من
الحوادث ما يستخرج به الحق من الظالم وما يدفع دعوى الشفعة
بعدم سماع الدعوى ونحوه

فلذلك يجب ان يفرق بين انواع النهي فما كان منها من قبيل النهي المحض
والتوزيع السلطة وهو المعروف في لوائح الترتيب لا يجوز له
ان يتركه بدون خاص يسمع ولا ان يسمعه بنفسه وما كان منها
من قبيل النهي عن الدعوى المحضية التي تنطقها للحيل والتزوير لا يجب عليه
ان يسمعه ولا ان ينيب من يسمعه فالقول بان النهي عن السماع دائما
يوجب على الامام ان يسمع او ينيب من يسمع مخالف لقول صحيحه عن الفقه
ومدارك الفقهاء

تكذيب الظاهر للمدعي

(تكذيب الظاهر)

المشروع

نبدأ الآن بعون الله وتوفيقه في دراسة مواد المشروع على ضوء القواعد التي
اقتبسناها في التصدير الذي فيه ونحن نعتقد ان هذه الدراسة اصبحت سهلة
وصار من الميسور للجمهور ان يتبين درجة انطباق مواد هذا المشروع ومبلغ
توافقها مع كل روح لقواعد الدين الاسلامي وفق المذاهب المعروفة بها

تعدد الزوجات

المادة (١) لا يجوز لمتزوج ان يعقد زواجاً باخرى ولا لاحد ان
يتولى عقد هذا الزواج او تسجيله الا باذن من القاضي
الشرعي الذي في دائرة اختصاصه يكون العقد

المادة (٢) لا ياذن القاضي بزواج متزوج الا بعد التحري
والتحقق من القدرة على القيام بحسن المعاشرة والانفاق
على اكثر من زوجة ومن تجب نفقتهم عليه من اصول
وفروع

المادة (٣) لا تسمع عند الانكار ~~[illegible]~~ امام القضاء دعوى
زوجية حدثت بعد العمل بهذا القانون الا اذا
كانت ثابتة بورقة رسمية

واذا حللت هذه المواد الثلاث تؤخذ من منطوقها ومفهومها
الاحكام الآتية

(١) غير المتزوج له الحق ان يتزوج من غير قيد ولا شرط
(٢) المتزوج له الحق ان يتزوج اذا كان قادراً على النفقة على
الاشخاص المذكورين في المادة الثانية وكان مطمئناً من المعاشرة
بين زوجاته
(٣) المتزوج لا حق له ان يتزوج اخرى اذا كان غير قادر على
النفقة او كان يخشى سوء المعاشرة والجور
(٤) القاضي الشرعي هو الذي له حق تقدير حال المتزوج
فياذن بالزواج اذا توافرت فيه الشروط ويمنعه اذا لم تتوافر
فيه الشروط
(٥) منع سماع دعوى الزوجية مطلقاً سواء اكانت اولى ام ثانية
ام ثالثة ام رابعة في الحوادث التي يحصل العقد فيها بعد العمل
بهذا القانون الا اذا كانت ثابتة بورقة رسمية

والحكم الاول والثاني باقيان على الاصل والاحكام الثلاثة الباقية هي التي
نحتاج الى بيان الوجه فيها وتتوقف على الاول

الاول جواز تدخل ولي الامر في المباحات بمنع الناس عن بعضها اذا
راى مصلحة في ذلك وجواز تدخله لمنع الوقوع في المحرمات

الثاني بيان حكم الزواج الثاني او الثالث في الحالات التي منع
القانون الزواج فيها

الثالث بيان المصلحة في هذا التشريع

الرابع بيان ان في مقدور القاضي ان يصل الى معرفة توافر الشروط
وعدم توافرها

الخامس حكم النهي عن نكاح بعض العادي لسبب من الاسباب

وقد اسلفنا في التعليق ١٤ - ١٥ ما لا يدع مجالا للريب في ان
لولي الامر ان ينهى عن مباح للمصلحة وانه تجب طاعته كما نوه ابا طاهر
في هذه الحالة وليس ما يقبل النزاع الا الحكم في وفق التدبير
الذي يراه من انه لمنع الوقوع في المحرمات

اما حكم الزواج الثاني في الاحوال التي منع القانون الزواج فيها
فيعلم مما ياتي

في نهاية المحتاج: النكاح مستحب لمحتاج اليه يجد أهبته فان
فقدها استحب تركه. وفي فتح القدير نقلا في حال التوقان قال
بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن ~~[illegible]~~ او يخاف
الوقوع في الحرام فان كان لا يتحرز عن الوقوع في الحرام الا به كان
فرضا وهذا ما لم يعارضه خوف الجور فان تيقنه حرم والا كره
تحريما وفي البدائع قيد الافتراض حال التوقان بملك المهر والنفقة
وفي حالة الاعتدال الاصح انه سنة مؤكدة وفي شرح الدر ويكون
واجبا عند التوقان فان تيقن الزنا الا به فرض نهاية وهذا
إن ملك المهر والنفقة والا فلا اثم ويكون سنة مؤكدة في حال
الاعتدال اي القدرة على الوطء والمهر والنفقة ومكروها لخوف الجور
فان تيقنه حرم. قال ابن عابدين وقوله وهذا ان ملك المهر
والنفقة) هذا الشرط راجع الى القسمين أعني الواجب والفرض
وزاد في البحر شرطا آخر فيهما وهو عدم خوف الظلم فان تعارض

خوف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثاني فلا
افتراض بل يكره وفي الزجر الكبير عن قشر خليل الراغب انه خشي على نفسه
الزنا وجب عليه وان ادى الى الانفاق عليها من حرام وان لم يخش
فدب له الا ان يودي الى حرام فيحرم قال الدسوقي اي او ادى الى
عدم الانفاق عليها والظاهر وجوب اعلامها بذلك ثم قال وافرض
انه وجاز بان الخائف من الزنا مكلف بتركه لانه في طوقه كما هو
مكلف بترك الزواج الحرام فلا يحل فعل محرم لدفع محرم لانه مكلف
بترك كل منهما وحينئذ فلا يصح ان يقال اذا خاف الزنا وجب
النكاح ولو ادى الى الانفاق من حرام

هذه هي نصوص المذاهب في احد الزوجين لا في الزواج الثاني الذي
ننزعه الان ولكن عند العجز عن النفقة او خوف الجور واجب التنبه الى
هذه النقطة لان الناس ظنوا ان مذكرات المشروع تعرضت لبيان
حكم الزواج الاول فطعنوا فيها بعدم صحة ما فيها وعدم موافقتها
للمذاهب والواقع انها تضمنت اعطاء الحكم لما عدا الزواج الاول
لانه هو الذي تضمنه المشروع

فعدم النفقة يجعل الزواج الاول مكروها تحريما اي حراما
على راي الحنفية ويجعله مستحب الترك على راي الشافعية ويجعله
حراما على راي ابن رشد من المالكية وغير ابن رشد قال بوجوب
العدم ايضا بحيث لو تزوج فعلا حرم الزواج فان لم يتحقق العدم
وكم يقدر على الشرى يتزوج على شرط ان يخبر الزوجة بعدم النفقة
او بانه سينفق عليها من حرام وعلى ذلك فالزواج بثانية مع عدم
منهيا عنه القدرة على النفقة او مع خوف الجور يجب ان يكون [illegible] على هذه
المذاهب لان الذي [illegible] يرفع عارض الحرمة في الزواج
الاول وجعل الحكم الكراهة على راي الحنفية والشافعية هو
خوف الوقوع في الزنا لعدم وجود زوجة تعفه ومع وجود هذه
الزوجة لا يوجد سبب يرفع حكم الحرمة لعدم المعارضة وكذلك الامر
على راي ابن رشد لان على راي غيره فلا يخرج الحكم عن هذا لانهم لا يجيزون
لان الاصل التحريم وكلما عارضه خوف الزنا اذ لم يحرم بحرام اخف منه
وهذا المعارض غير موجود في حالة وجود زوجة وهذا واضح جدا

ويزيده وضوحاً أن الشارع جعل الزنا للمحصن الرجم ولغير المحصن الجلد
وجعل الزواج بمجرده من شروط الإحصان فلم يحتم الشارع التزوج عند
وإنما لمجرد العذر ولا خلاف عند المسلمين في أن لولي الأمر أن يمنع
الناس من الوقوع في المحرمات بل يجب أن يمنعهم منه ومع ذلك فكيف يخفى أن
الزواج الثاني مباح لا حرام ولا يمنع أحد ولي الأمر من حق التدخل
بمنع الناس عن مباح لمصلحة من المصالح

ولا أشك في أن تدرك المشرع إلى وجه المصلحة في تقييد تعدد الزوجات ولا
أرى أن أطيل الآن في هذا البحث فقد أسلفت في أوائل هذه الفصول
أنها تأخذ حياة بيتية وأن المشرع سيعرف على مثل الأمة وعلى
وزراء الحكومة وولاة الملك الحكم الشرعي للبلاد وأنه لا يقتصر الإنفاق
هذه الجهات كلها ولا يوجد شيء أحسن من تشريع يرضاه الأمة
لنفسها فيما أرى بالعقل وبالمصالح في خدمة هذه الجهات التي
تحاف التشريع علماً أن في التشريع مصلحة واغتبطت به وإن ترد
هذه الجهات علماً أنه لا مصلحة فيه. وما أرى أنا يوجد إلا توفر الخير
والسعادة للأمة في وراثة الأمة كما في السعيد وما وراء ذلك الحقائق
أدلة جمة أجهدت فأخطأت ولعلها جديرة في كل الأحوال.

وقد جعل للقاضي حق التقدير في أمرين الأمر الأول القدرة على الإنفاق
والأمر الثاني مظنة حسن المعاشرة وعدم الجور فإن ظهر له أن الشخص
قادر على الإنفاق وأنه مظنة عدم الجور أجاز له التعدد وإن ظهر له
أنه ليس كذلك منعه من التعدد فهل يستطيع القاضي معرفة هذا
أولاً أما الأمر الأول فهو أمر حرفي سهل على القاضي تقديره
كما يقدر النفقات فيعد معرفته حال الأشخاص من يسر وعسر ويعرف
على كل شخص ما يلائم حاله فليس بعيد عليه أن يعرف حال مريد
التزوج ويتبع الطرق التي يعرف بها الحال في تقدير النفقات
ويمكنه أن يضم إلى هذا تحريات سرية والوقوف في ذلك بين ذوي
الأرحام والذين يتصلون به بصلة قرابة أو حرفة وقد يظهر
الأمر ووجهه صعوبة تقدير مظنة حسن المعاشرة وعدم الجور ولا أنكر
هذا ولكنه أمر يمكن الوصول إلى الظن فيه وقد كان لي وقت قريب
لا يتقيد السابق أن الحكم بها أمام المحاكم الشرعية الابتدائية أن تحققه
إلى قدر الاستطاعة بالتزكية العلنية والسرية وعلى هذا الشاكل

يمكننا ان نتخذ الشرع في تقدير احوال الناس في العدل والجور كما نستطيع
البحث عن عدالة الاشخاص بواسطة البحث عن اخلاقهم ومدى ملائمة
لاعمالهم واقوالهم واقرانهم لدينهم وعاداتهم الملائمة للدين فان
ظهر له من احوالهم ما يجعلهم حظهم العدل والوفاء اباح لهم التعدد وان
ظهر له انهم حظهم الجور والظلم منعهم من التعدد وبنى الاحكام الفقهية
ظنون الفقهاء وبنى الاحكام القضائية في ذكرها ظنون القضاة .

بقي الكلام عن الحكم الخامس المستفاد من المادة الثالثة وهو بتعدد من
هذه المادة ان تكون جزاء لمن يخالف المادة الاولى ويتزوج من غير اذن
القاضي لانها لا ترى غير خاصة بالزواج الثاني بل هي عامة في كل زواج
يحدث ~~...~~ بعد العمل بهذا القانون

وهذا الحكم من باب تقييد الاذن في الوقائع كالاحكام التي اشتمل عليها
قانون ١٩١٠ والوقف منه منع الناس عن اجراء عقود الزواج والزامهم
بعلانيتها بطريق التسجيل ليفترق عقد الزواج عن رابطة المخادنة والعهار
وتكون نتائج العقد من نسب وحقوق مبنية على دعائم قوية لا تتزعزع
ومن لوازم هذا عدم سماع الدعاوى الكاذبة التي كثيرا ما توجد ويتكلف
المدعون لها على شهادة الشهود

ويوجد الآن لدى القضاة في غيرهم ظن قوي بان كل دعوى زواج غير
مسجل من قبيل الدعاوى التي يكذبها الظاهر لانه لم يقف احد يقدم
على عقد زواج من غير تسجيل وان وجد فهو الزواج الذي يستحي
اربابه من اعلانه ويريدون ان يبقى خفيا لا يعرفه الناس

ومن حق عقد الزواج ان يبنى بهذه العناية وقد عنيت به الشريعة
الاسلامية عناية لم تكن بها في اي عقد من العقود والحنفية يشترطون الاشهاد
عليه للصحة وغيرهم يشترط الاعلان بضرب الدف او دخان مثلا وهذا
اقل الاحتياط ولكيفية اثباته عند الانكار ولتتميز رابطة الزواج
عن الروابط الاخرى ولم يشترط الحنفية في العقود والاقارير الاشهاد فاذا كان
في الوقت الذي اشترطوا في عقد الزواج من الاشهاد والاشهار او
الاشهار بضرب الدف ونحوه كان هذا الطريق المستطاع للعلانية في
العصور الماضية ولا يبعد ان يقال ان التسجيل لو كان معروفا اذ ذاك
لشرط والناس يجهلون الخطورة التي تترتب على عقد الزواج من الانساب
والحقوق ولا سيما المحرمة في اثبات كثير من دعاوى الزواج لذا فان هذه

ان لا تزيد سنه [illegible] لم تكد [illegible]

ونختم هذا الفصل بالإلماع الى الأدوار التي مرت على دعوى الزوجية في التشريعات الماضية . فقد شرط لسماع الدعوى في الحوادث السابقة على ١٨٩٧ ان تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة . وشرط لسماع الدعوى في الحوادث الواقعة بين ١٨٩٧ و ١٩١١ ان توجد مع دعوى الزوجية اوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحة الدعوى . وشرط لسماع الدعوى في الحوادث التي حدثت بعد ١٩١١ ان تكون الزوجية مسجلة او مدونة في ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه .

والآن وقد حمل الناس على التسجيل ولم يبق زواج لا يسجل الا الزواج الذي [illegible] ويترتب عليه آثاره وجب ان يتحرز في دعوى الزوجية ويشترط تسجيلها في الحوادث الحديثة التي تحدث بعد العمل بهذا القانون

ونشير اخيرا الى ان المشرع [illegible] لدعوى الزوجية لم يكن من اللوازم المنع من سماع دعوى النسب فقد كانت تسمع دعاوى الإرث ولا تسمع دعاوى اثبات الزوجية . ولم يغير القانون شيئا من هذا الحكم وقد [illegible] دعاوى الزوجية الصحيحة التي لم تسجل لأن الزواج الصحيح يجب كله مسجلا ولم يبق امام الحاكم الا الدعاوى الملفقة التي [illegible] عليها بهذا القانون .

ولقد وضح مما قدمنا انه لم نر شرطا في صحة العقد جديدا ولا [illegible] ان تعدد الزوجات [illegible] التساهل في صحته ولم نتعرض الى الامر من [illegible] [illegible] الزوجات [illegible] ونحن اول من [illegible] التعدد [illegible] ان التعدد ضروري للنوع الانساني لاعتبارات كثيرة يرجع بعضها الى النسل وبعضها الى ارضاء النفوس البشرية الطموحة [illegible] التعدد بل الزواج الاول [illegible] ولم يعد بالناس من [illegible] الى [illegible] شكوى من التعدد

~~[illegible]~~ لم تغير بهذا القانون نصوص الاسلام بل [illegible] على العكس اريد بهذا القانون رد الناس الى نصوص الاسلام وهذه القواعد الخاصة بالزواج لا تخرج عن ان تكون من قبيل النهي عن المنكر ومع ذلك فهل [illegible] لولي الامر [illegible] في منع [illegible] الباحث الحكيم ونحن نعتقد انه لا [illegible] حد هذا [illegible] لم تكن [illegible] فاننا نسأل الله للجميع الهداية والتوفيق

طلاق السكران والمكره

المادة (٤٧) لا يقع طلاق السكران والمكره

في صحيح البخاري قال عثمان ليس لمجنون ولا لسكران طلاق وقال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز

وفي شرح البخاري للحافظ ابن حجر قال رجل لعمر بن عبد العزيز (عن الزهري) طلقت امرأتي وأنا سكران فكان رأي عمر أن يجلده ويفرق بينه وبين امرأته حتى حدثه أبان بن عثمان عن أبيه أنه قال ليس على المجنون ولا على السكران طلاق فقال عمر تأمرونني وهذا يحدثني عن عثمان فجلده ورد إليه امرأته وذهب إلى عدم وقوع طلاق السكران أبو الشعثاء وعطاء وطاوس وعكرمة والقاسم وعمر بن عبد العزيز ذكره ابن أبي شيبة عنهم بأسانيد صحيحة وبه قال ربيعة والليث وإسحاق والمزني واختاره الطحاوي واحتج بأنهم أجمعوا على أن طلاق المعتوه لا يقع والسكران معتوه بسكره وقال بوقوعه طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن وإبراهيم والزهري والشعبي وبه قال الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وعن الشافعي قولان المصحح منهما وقوعه والخلاف عند الحنابلة لكن الترجيح بالعكس

وفي بداية المجتهد لابن رشد وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في عدم الوقوع من الصحابة وقول من قال إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ليس يتناول الزائل العقل (كالسكران) الطلاق لأن السكران معتوه ما

وفي ~~[illegible]~~ شرح الهداية وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع رفقا بالسكير وفيه خلاف بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري ومالك والثوري والشافعي في الأصح وأحمد في رواية وقال بعدم الوقوع القاسم وطاوس وربيعة والليث وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان وروي عن ابن عباس وهو مختار الطحاوي والكرخي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه أن العقل ما يصلح معه التصرف الشرعي الصحيح أو فقد وليس له وجه وهو سواء حالات النائم فإنه إذا أسقط الاستنباط بخلاف السكران ثم لحظ دليل الوقوع بأنه تسبب في زوال عقله

٥٦ ح

لمصلحة خارجية عن غرض فاعل ما عقوبة له وتشديداً عليه

من هذه الرؤوس يعلم أنه لم يرد نص من كتاب أو سنة على وقوع طلاق
السكران وتبين أن المسألة خلافية حيث الخلاف فيها قديماً بين التابعين ومن
بعدهم وليس للصحابة رأي فيها إلا ما روي عن عثمان وعن ابن عباس
بعدم الوقوع ولم يخل مذهب من المذاهب الأربعة من وجود رأي أو رواية
ترى بالوقوع ورأي بعدمه فزفر والكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من
الحنفية على عدم الوقوع وقد رجح المزني من الشافعية رواية عدم الوقوع
~~ونقل عن الباجي~~ وقال أبو المعالي إنه لا خلاف في عدم وقوع طلاق السكران
غير المتعدي ونقل عن الباجي وابن رشد ~~[illegible]~~ قريباً مما نقل عن أبي
المعالي وعن أحمد روايتان أصحهما عدم الوقوع

وإذا رجعنا إلى قواعد الأصول الأولية نجد أن شرط التكليف لم
يتوفر في ذات الشعور فالوقوع طلاق السكران ليس في هذه الحالة عندنا وقد عد
الشارع عقوبة السكران فلا وجه لأن نزيد عقوبة أخرى بإيقاع الطلاق
عليه وخصوصاً فإن هذه العقوبة لم يقتصر أثرها على الزوج ولكنها
في الحالة الإسلامية قبل هذه العقوبة أصحاب لم تقع قبل هذه العقوبة
من الصحابة رضي الله عنهم الذين لم يعرف عنهم القول بالوقوع وأن
هذه العقوبة لا تقتصر على الرجل وحده الذي ارتكب المعصية بل يتعداه
إلى زوجته وأولاده ولو كانت هذه العقوبة مقدرة من الشارع
لكان وجه للاعتراف ولكنها عقوبة قدرها الفقهاء

وفي شرح ابن بطال على صحيح البخاري واختلف السلف في طلاق المكره
فروي عن إبراهيم النخعي أنه يقع وبه قال أهل الرأي وذهب الجمهور
إلى عدم اعتبار ما يقع فيه وقرر الشافعي أن الله لما وضع الكفر عمن
تلفظ به حال الإكراه (وبآية الآية إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) لكن
يسقط عن المكره ما دون الكفر

وفي بداية المجتهد فأما طلاق المكره فإنه غير واقع عند مالك والشافعي
وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب
وابن عباس

ويلخص مذهب الحنفية في أن طلاق المكره بغير حق لا يقع وإن كان
بحق يقع كما إذا حلف بطلاق امرأته لا يدفع إليه نفقة فأجبره الحاكم
على أدائه وإنه إذا ظهرت قرينة تدل على الاختيار كما إذا أكره على

حلف واحدة ثلاثا بلا بيّن الطلاق وانه يشترط للإكراه قدرة المكره

على تحقيق ما هدد به عاجلا وان الإكراه يحصل بالتخويف بضرب شديد

او صفع لذي مروءة او حبس او اتلاف مال

وفي شرح الدردير على مختصر خليل او اكره على ايقاعه فلا يلزم شيء في فتوى

ولا قضاء في مسلم لا طلاق في ~~اكراه~~ اغلاق اي اكراه بل لو اكره على

واحدة فاوقع الثلاث لا شيء عليه لان المكره لا يملك نفسه كالمجنون فاذا

نوى الطلاق وهو المحض باطنا يقع عليه لانه اراده واعلم ان الإكراه

ما كان شرعيا او غيره ومذهب المدونة وعليه الفتوى ان الإكراه الشرعي يعتبر

في الطلاق خلافا للمغيرة كما لو حلف بالطلاق لا خرجت زوجته فاخرجها

القاضي لتحليف عند المنبر وكما لو حلف في نصف عبده يملكه لا باعه فاعتق

شريكه نصفه فقوم عليه نصف الحالف وكذا في عتق الشريك او حلف لا اشتراه

فاعتق الحالف نصيبه فقوم عليه نصف شريكه لزمه الطلاق على انه حنث

واختار المحقق مذهب المغيرة ورجح البنوي مذهب المدونة الراجح بقوله

(ولو كالتقويم في جزء العبد الذي حلف لا باعه او لا اشتراه)

ومذهب المالكية لا يخرج عن مذهب الشافعية فيما يكون به الإكراه

هذا ما قصدنا اثباته من المذاهب

ومما نقلناه يتضح ان على عدم وقوع طلاق المكره وهو رأي راجح لاحد

ورأي موجود في المذاهب الثلاثة وهو الرأي المنقول عن الصحابة

وهو رأي كثيرين من بعض الائمة وهو الرأي المنطبق على قواعد

الاحوال وهو الرأي الذي يتفق مع العقل

ونصت على عدم وقوع طلاق المكره وهو رأي الشافعية والمالكية

ورأي ابن عباس ورأي الجمهور

ومما قالوا في تحديد حقيقة الإكراه ان المادة تركت التفصيل الموجود في

مذهب المالكية والشافعية حيث ان يكون الإكراه بحق او بغير حق

وتركت ما يكون به الإكراه

ونحن نقرر ان لا وجه لهذا الاعتراض لان القانون انما يتكلم عن

الإكراه على انشاء الطلاق اي على ايقاعه ولا يتصور شرعا بحال من

الاحوال ان يوجد اكراه بحق على ايقاع الطلاق والذي عند مسألة ان

القانون رفض الفقه التعليق والايمان في الطلاق واذا لم يتحقق

على [illegible] التعليق والايمان من الواجب ان يرد ويفرق حتى)

على انه يمكن ترجيح رأي الحنفية الذي اختاره خليل بأن حديث
لا طلاق في اغلاق اي اكراه ليس فيه تفصيل بين ان يكون الاكراه بحق
او بغير حق ويقوى ذلك حديث الطلاق ما كان عن وطر والعتق
ما ابتغي به وجه الله ومن يرى انه ليس للمكره وطر في الطلاق

ولم يوضح في القانون ما يكون به الاكراه وليس هنا من غرض الى ذكر
انواع الاكراه وقد جرت العادة على ان يرجع القضاة عند التطبيق الى
كتب الفقه وفي مثل هذا كما جرت العادة على ان تتبع القانون بتعليمات
توضح ما فيه

وهنا ايضا مسألة هامة تختلف فيها اراء بعض الائمة الاربعة
وقد الزم ولي الامر القضاة بالعمل بما يجب عليهم اتباعه كما
اوضحناه فيما قبل

(١٩) الطلاق غير المنجز

المادة (٥) لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه
يتقسم الطلاق الى منجز وهو ما قصد به ايقاع الطلاق فورا كانت طالق وانت مطلقة والى معلق على حصول شرط كانت طالق ان دخلت الدار او انت طالق ان لم اوف الدين قبل غد والى يمين مثل علي الطلاق لا تخرجي من البيت او ان دخلت البيت فالطلاق علي واجب ومضاف مثل انت طالق اول الشهر او اول السنة والمعلق وان كان لفظه لا ينقسم فهو ولكنه ينقسم بحسب المعنى الى يمين والى طلاق على الصفة مثلا اراد زوجته ان تخرج واراد منعها من الخروج ولم يرد طلاقها ولكنه هددها بالطلاق قائلا لها ان خرجت فانت طالق فهذا يمين لانه اراد ~~[illegible]~~ منعها من الخروج وليس له في الطلاق وطر ومثال الاخر طلبت زوجته الطلاق ورضي به وقال لها ~~[illegible]~~ ان ذهبت الى دار ابيك فانت طالق فهذا رجل له وطر في ايقاع الطلاق على صفة مخصوصة وهي ان يكون بعوض ومقابل فهذا يسمى الطلاق على الصفة

وقد تضمنت هذه المادة ايقاع الطلاق المنجز بدون قيد والاخرى وافقت في الطلاق المعلق ايضا وايقاع قسم من المعلق وهو الطلاق على الصفة وتضمنت الغاء اليمين بالطلاق والغاء قسم من المعلق وهو الذي في معنى اليمين

فلنذكر تفصيل احدها لليمين بالطلاق والثاني للمعلق

(٢٠) الايمان بالطلاق

في الفتاوى الهندية ولو قال طلاقك علي لا يقع ولو قال طلاقك علي واجب او لازم او فرض او ثابت ذكر شيخ الاسلام الفقيه ابو الليث في فتاواه فلانا بين المتأخرين منهم من قال يقع واحدة رجعية نوى او لم ينو ومنهم من قال لا يقع نوى او لم ينو ومنهم من قال في قوله واجب يقع بدون نية وفي قوله لازم لا يقع وان نوى ~~[illegible]~~ والمختار في العرف وعلى هذا الخلاف اذا قال لها ان فعلت كذا فطلاقك علي واجب او قال لازم او قال ثابت فتعلقت وافتى الصدر الشهيد بالوقوع في الكل وكان الشيخ الامام الاجل ظهير

الدين المرغيناني تفتي بعدم الوقوع في الكل

وفي البزازية طلاقك واجب او لازم او فرض او ثابت قيل يقع واحدة
رجعية نوى او لا والمختار عدم الوقوع لان الوجود لا يلازم
الايقاع والثبوت يكون في الذمة ولو قال طلاقك علي لا لان الذي في الذمة ١
لا يلازم وجوده في الخارج

وفي البحر واختلفوا فيما لو قال طلاقك علي واجب او لازم او ثابت
او فرض قيل يقع في الكل بلا نية وقيل لا وان نوى وقيل نعم بالنية
وصحح الصدر الشهيد في شرح المختصر عدمه في الكل عند الامام وصحح
في الواقعات الوقوع في الكل وفرق الفقيه ابو جعفر فاوقع في واجب ١
ونفى في غيره كذا في الخانية وفي فتاوى الخاصي المختار الوقوع في الكل
انتهى والمعتمد عدم الوقوع في الكل لما ذكر في الاصل وفي البزازية
المختار عدم الوقوع وفي فتح القدير وقد تعورف في زماننا في الحلف
الطلاق يلزمني لا افعل كذا يريدون ان فعلته لزم الطلاق فيجب ان
يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت كذا فانت طالق وكذا
تعارف اهل الارياف الحلف بقولهم علي الطلاق لا افعل

وفي حاشية البحر تعليقا على قوله (فيجب ان يجري عليهم) ولو قال علي
الطلاق او الطلاق يلزمني او الحرام ولم يقل لا افعل كذا لم اجده في
كلامهم ثم قال والذي يظهر من جريان المخالفة اي في طلاقك علي
واجب او لازم ونحوه ان لا فرق يظهر بين طلاقك علي واجب
او لازم وبين علي الطلاق والطلاق يلزمني

وفي حاشية البحر تعليقا على قوله (وكذا تعارف اهل الارياف)
وفي حواشي المنح للرملي سئل شيخ الاسلام ابو السعود العمادي عما صورته
ما قول شيخ الاسلام في رجل قال علي الطلاق او الطلاق يلزمني هل يقع
صريحا او كناية فاجاب بقوله ليس بشيء منهما وسئل بعض المتاخرين
عما صورته ما قولكم في رجل قال علي الطلاق ثلاثا لا اكلم عمروا وبكرا
عندي شغلهما هل يقع عليه الطلاق او لا فاجاب بما صورته في البزازية
طلاقك علي واجب او لازم او فرض او ثابت قيل يقع واحدة رجعية
نوى او لا والمختار عدم الوقوع ثم قال بعد ذلك انه صار فاشيا
في الطلاق فيفتى بالوقوع فيه فتدبره .



نعود بعد اثبات هذه الرخصة الى ما يستنتج منها

عبارة العقد صريحة في ان طلاقك على واجب متى ان فعلت كذا فطلاقك
على واجب وان الخلاف جرى فيها جميعا وان الخلاف للمتأخرين لا للمتقدمين
ومن الواضح انه ان قلت كذا فطلاقك على واجب مثل ان فعلت كذا
فعلي الطلاق

وللصدر الشهيد روايات في هذه العبارات رأى بالوقوع في كتب الواقعات
ورأى بعدم الوقوع في شرح المختصر وقد صحح هذا الرأي واعتمده
صاحب البحر بناء على ان الرخصة عليه في الاصل

والخلاف في طلاقك على واجب يجري في علي الطلاق وعلي الحرام كما قال
افندي ابن عابدين والمفتي ابو السعود صرح بان علي الطلاق او الطلاق
يلزمني ليس من صريح الطلاق ولا من كناياته فلا يقع به الطلاق
ولو مع النية

وبعض المتأخرين الذي افتى بعدم الوقوع في علي الطلاق لا افعل كذا
عندي وشبهه جعل هذه العبارة مثل طلاقك علي واجب

اما صاحب الفتح ومن بعده من المتأخرين وكثير ممن افتى بالوقوع
في هذه العبارات فقد بنوا رأيهم على العرف

وبناء على هذا فكل هذه العبارات طلاقك علي واجب وعلي الطلاق وما اشبه ذلك
سواء ذكر فيه المحلوف عليه او لم يذكر يجري فيه الخلاف فما يعرف منه ان
المحلوف لا يجري اذا لم يذكر المحلوف عليه خطأ لا برهان له

قد علمنا مما سبق ان كثيرا من المتقدمين رأى بالوقوع وان الصدر الشهيد
والامام المرغيناني وصاحب البزازية والمفتي ابا السعود العمادي
وصاحب البحر وبعض المتأخرين اعتمدوا عدم الوقوع وان
من قال بالوقوع بناه على العرف وصاحب البحر وبعض هؤلاء
المتأخرين بعدم الوقوع حضروا هذا العرف ولم يعتبروه

واذا كانت هذه الصيغ ليست من صريح الطلاق ولا من كناياته فما هي
مدلولاتها التي تدل عليها الجواب انها تدل على نذر الطلاق كما صرح
بذلك كما قال ابن عابدين وقيل وحقق عدم الوقوع في طلاقك علي
انه صيغة نذر كقوله لله علي حجة فكانه نذر ان يطلقها والنذر لا يكون
الا في عبادة مقصودة والطلاق ابغض الحلال الى الله تعالى فليس
عبادة فهذا لم يلزمه شيء)

ويستخلص من البحث الآتي الذي صنفنا

67 في فتح القدير الطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد انتهى

ومعلوم ان الطلاق بمعنى التطليق هو رفع قيد الزواج بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة الطلاق صريحا او كناية [illegible] والتطليق اثره هو الطلاق الذي توصف به المرأة

اذا عرفت هذا فتشترط على الطلاق ان تطلقه او تطلقي واجب ان تطلقه اي ان يوقع الطلاق في بمعنى التطليق او بمعنى الاثر المترتب على التطليق فان اخذ بالمعنى الاول يكون المعنى ان تطلقه فواجب على ان انشئ تطليقها بعد الزواج واوجب على نفسه انشاء التطليق كما يلتزم الشخص [illegible] بحج فيقول لله علي حج فهذه معلق التعهد لا يكون معنى تطليق لانه لم يحصل والا لكون فيكون طلاق لان الطلاق اثر للفعل وهو التطليق وان اخذ بالمعنى الثاني يكون معنى الجملة تثبت طالقة وتوصف بانها طالقة ان تثبت والطلاق لا توصف به المرأة ولو تثبت الاثر وجودا فلا بد ان الطلاق هو التطليق باللفظ الموضوع له الذي يدل على الطلاق وهذا لم يحصل

فان قيل يكون من قبيل الاقتضاء فنقول انما دلالة [illegible] ضرورة الايجاب انما تقع عند الضرورة ولو توجد ضرورة هنا لانا لم نقل ان الشرع رتب على هذه الجملة ثبوت الطلاق حتى نحتاج الى تصحيحها بالضرورة ومع هذا فان تقع الطلاق بهذه العبارات اشتغال بالنية وحدها لا باللفظ يدل على الطلاق والنية لا يقع بها الطلاق وحدها باتفاق العلماء.

وانه وقع بهذا البيان قول صاحب البزازية ان الوجوب لا يلازم الالتزام والثبوت فلا يكون في الحال يعني ان وجوب الطلاق في الحال لا يلازم وجوده ولزومه لانه قد يكون اللزوم والوجوب موجودا ولا يكون الطلاق موجودا كما اذا وجدت اسباب [illegible] الطلاق واجبا عليه ولم يطلق كما ان ثبوت الطلاق [illegible] لا يلازم وجوده في الحال لان الثبوت قد يكون في الذمة

وهذه العبارة الوجيزة التي في البزازية هي محل الخلاف بين المتقدمين كما انها محل [illegible] المتأخرين الذين افتوا بعدم الوقوع وعدم [illegible] الى العمل العادي [illegible] ان هذه العبارات ليست صريحة في الطلاق

ورواه كما بابه. ولم يبق بعد هذا ريب في ان عدم ايقاع الطلاق
بالايمان رأي متقدمي الحنفية وكثير من اجلاء الشافعية
~~وقد [illegible]~~
~~[illegible]~~
وقد نص الشيخ ابن تيمية على ان عدم الوقوع
بايمان الطلاق رأي طائفة من اصحاب الشافعي كالقفال وصاحب
التتمة ورأي داود واصحابه ورأي طائفة من المالكية في بلاد المغرب
وذكر انه يفتى به في زمنه في فتاوى العراق والشام ومصر والجزائر
وذكر ان الذين كانوا يفتون به خلق كثير من علماء المذاهب
الاربعة وغيرهم وقد نقل شارح كتاب الاحكام لعبد الحق انه
رأي الامام علي رضي الله عنه ورأي شريح وطاوس وانه لا يعرف
لعلي كرم الله وجهه مخالف في ذلك من الصحابة

(٢١) الطلاق المعلق

فبينا أن الطلاق المعلق ينقسم إلى طلاق هو في معنى اليمين، وإلى طلاق
على الصفة، وقلنا إن الذي نرجح الأخذ به بالنسبة للطلاق الذي في معنى
اليمين هو قول من قال إن هذا الحكم أخذ من غير المذاهب الأربعة
وقد شنع علينا من أنكر جواز التقليد في غير الأئمة الأربعة الذين عرف اجتهادهم متى صح
النقل عنهم، ولا ينازع أحد في أن داود من الأئمة الذين
عرف اجتهادهم حتى قال العلماء إن خلافه يعتد به في الفروع، وهذا ينبغي
على الأقل أن يكون اجتهاده كسفيان الثوري والليث وداود) وقد
قال ابن خلدون في مقدمته إن [illegible] فرق الفقه [illegible] ثلاث طرق
طريقة أهل الرأي ومقدمهم أبو حنيفة وأتباعه، وأهل الحديث
ومقدمهم مالك والشافعي، وطريقة الظاهرية الذين أنكروا القياس
وجعلوا المدارك كلها منحصرة في النصوص، ومقدمهم داود ابن علي وابنه
وأن تقليده المذاهب [illegible] كأنه من مذهب المجتهد المستقل
بين الأئمة

ولمذهب داود كتب كثيرة منها كتاب ألفه ابن حزم المحدث الثقة اسمه
المحلى ومنه نسخة في المكتبة الأزهرية من وقف الملك الأشرف وقد جاء
في هذا الكتاب ما يأتي

قال أبو محمد الطلاق بالصفة عندنا كما هو الطلاق باليمين كل ذلك
لا يلزم وبالله تعالى التوفيق ولا يكون طلاق إلا كما أمر الله تعالى
به وعلمه، وهو القصد إلى الطلاق، وأما ما عدا ذلك فباطل وتعد
لحدود الله

فهذا النص يدل على أن الظاهرية لا يوقعون الطلاق المعلق
بجميع أنواعه

وقال ابن حزم أيضاً في كتاب المحلى وصح عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم كما رويناه من طريق عبيد الله عن ابن عمر عن رسول الله قال من
كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله، فارتفع الإشكال وإن كل حلف بغير الله
فإنه معصية وليس يميناً، وهذا كان اختلف فيه، صح عن الحسن فيمن
قال لامرأته أنت طالق إن لم أضرب غلامي فأبق الغلام قال هي امرأته
يتلذذ بها ويتوارثان حتى يفعل ما قال فإن مات الغلام قبل أن يفعل
ما قال فقد ذهبت منه امرأته، وصح خلاف هذا عن كثير من السلف

كما روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء في رجل قال لامرأته
أنت طالق إن لم أتزوج عليك قال إن لم يتزوج عليها حتى يموت أو تموت توارثا
ومن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن غيلان بن جامع عن الحكم بن عتيبة
قال في الرجل يقول لامرأته أنت طالق إن لم أفعل كذا ثم مات أحدهما قبل أن
يفعل فإنهما يتوارثان قال سفيان إنما وقع الحنث بعد الموت قال أبو محمد
هذا عجيب حيث يحنث بعد موته ومن روي عنه مثل قولنا ما روينا من
طريق حماد بن سلمة عن حميد عن الحسن أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا
فأخذه أهل امرأته فجعلها طالقا إن لم يبعث بنفقتها إلى شهر فجاء الأجل ولم
يبعث إليها بشيء فلما قدم خاصموه إلى علي فقال علي اضطهدتموه حتى جعلها
طالقا فردها عليه ومن طريق عبد الرزاق عن هشام بن حسان عن محمد
ابن سيرين عن شريح أنه خوصم إليه في رجل طلق امرأته إن أحدث
في الإسلام حدثا فاكترى بغلا إلى حمام أعين فتعدى به إلى أصبهان
فباعه واشترى به خمرا فقال شريح إن شئتم شهدتم عليه أنه طلقها
فجعلوا يرددون عليه القصة ويردد عليهم فلم يره حدثا قال أبو محمد
لا متعلق لهم بما روي عن علي في اضطهدتموه لأنه لم يكن طلاق إكراه
إنما طالبوه بحق تقتضيها فإنما أنكر على اليمين بالطلاق فقط ولم ير الطلاق
يقع بذلك وكذلك لا متعلق لهم بما في شريح لأن قوله فيه إنما رآه
فلم يره حدثا فإنما هو خطأ ولا نعلم في الإسلام أكثر من
تعدي من حمام أعين وهو على أميال يسيرة من الكوفة إلى أصبهان وهو
أيام كثيرة من الكوفة ثم باع بغل مسلم ظلما واشترى بالثمن خمرا انتهى
وبعد التقصي أيضا حرر في أن السلف لم يوقعوا الطلاق المعلق
وقال ابن القيم صح عن الصحابة ~~[illegible]~~ الإفتاء بالوقوع في صور
وصح عنهم الإفتاء بعدم الوقوع في صور والصواب ما أفتوا به في النوعين
ولا يؤخذ ببعض فتاواهم ويترك بعضها ففي صحيح البخاري عن نافع
قال طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر إن خرجت فقد بانت
منه وإن لم تخرج فليس بشيء وفيه من أثر منقطع عن ابن مسعود
فيمن قال لامرأته إن فعلت كذا فهي طالق فتفعله قال هي واحدة وهو
أحق بها وما روي عن ابن عباس في رجل قال لامرأته هي طالق إلى سنة
قال يستمتع بها إلى سنة وما روي عن أبي ذر أنه قال لامرأته وقد
سألته عن ليلة القدر إن عدت سألتني فأنت طالق ثلاثة وهي

جميع الآثار الواردة عن الصحابة في الوقوع ولم يحفظ عنهم غيرها وان الآثار في خلاف ذلك فما صح عن ابي رافع قال قالت مولاتي ليلى بنت العجماء كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدي وهي يهودية وهي نصرانية ان لم تطلق امرأتك فأتيت زينب بنت ام سلمة وكانت اذا ذكرت امرأة فقيهة بالمدينة ذكرت زينب فجاءت معي اليها فقالت خلي بين الرجل وامرأته ثم دعتها حفصة ام المؤمنين فقالت لها خلي بين الرجل وامرأته ثم ذهبت الى عبد الله بن عمر فقال لها افي حجارة انت ام من حديد كفري عن يمينك ~~خلي بين الرجل وامرأته~~ هذا من رواية الاثرم في سننه وابن حزم من طريق الجوزجاني وفي رواية الدارقطني ان عائشة وحفصة وام سلمة وابن عباس افتوا مولاة ابي رافع بالتكفير عن اليمين وروى البيهقي ذلك ايضا الا ما روي عن ابن عباس انه افتى بعتق الجارية فيمن حلف بعتق جارية والايمان في رواية معلولة تفرد بها عثمان بن ابي حاضر وروايات قصة ليلى بنت العجماء اكثر واصح اسنادا وروايتها انه حلف فحنث فاذا كانوا لم يلزموه بالعتق المحبوب الى الله فاولى ان لا يلزموه بالطلاق البغيض لله فهذه فتوى اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا مخالف بينها وبين ما افتوا فيه بالوقوع فان المعنى الذي منع لزوم الحج والصدقة والصوم والاعتاق والتطليق ولزوم اليهودية والنصرانية هو قصد اليمين فان كراهة ذلك واخراجه مخرج اليمين منع من ثبوت هذه الاشياء وهو بعينه حكمة يجب طردها انتهى

والآثار المتعددة جميعها والنصوص المذكورة تدل على ان الظاهرية (ومنهم ابن حزم) وعطاء والحكم بن عتيبة وشريك وعلي بن ابي طالب كرم الله وجهه افتوا بعدم وقوع الطلاق المعلق وتدل على ان بعضهم من الصحابة افتوا بعدم لزوم العتق والصدقة وبذلك في قصة ليلى بنت العجماء وتدل ايضا على ان ابن عمر وابن عباس وابا ذر افتوا بالوقوع في الطلاق المعلق

وقد اختار ابن القيم وشيخه عدم الوقوع في الطلاق المعلق الذي هو في معنى اليمين ~~[illegible]~~ وذلك يوافق رأي الظاهرية في القسم المذكور واختاروا الوقوع في القسم الثاني تبعا لرأي الجمهور وخالفوا الظاهرية فيه

وقد ادعى ابن القيم ان قول هؤلاء فيه عمل برأي الصحابة جميعهم لان الذين
افتوا بالوقوع افتوا به في صور [illegible] لم تكن بمعنى اليمين والذين
افتوا بعدم الوقوع افتوا به في صور كانت بمعنى اليمين .
ولكن لا نوافقه على هذه الدعوى لان التعاليق التي [illegible] نقلت
فيها اراء الصحابة بالوقوع [illegible] لا يظهر منها شيئا انها
[illegible] ان الفتاوى فيها كانت في الفاظ لا يقصد فيها اليمين .
نعم ان كل الفتاوى بعدم الوقوع كانت في صور يظهر انها بمعنى اليمين
وعلى هذا فنحن نرى ان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في
صور التعليق التي بمعنى اليمين فمنهم من افتى فيها بالوقوع
ومنهم من افتى بعدم الوقوع
والمسألة من المسائل الاجتهادية اذ لم يرد فيها نص من كتاب او سنة
ولم ينقل احد من الجمهور القائلين بالوقوع حديثا فيها عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولم يستدلوا فيها بآية وقد كان القياس عند ائمة في
الاستدلال والقرآن الكريم لا يشير الى الطلاق المعلق بوجه وقوله
تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن يرشد الى
ان الطلاق الوارد في القرآن خاص بالطلاق المنجز والتعليق على
رأي القائلين بوقوع الطلاق فيه ليس من شروطه ان يكون
في مبدأ العدة ووقوع الطلاق المعلق لا يدخل تحت الاختيار
فقد يحدث المعلق عليه في الحيض وقد يحدث في الطهر
ولا يمكن ان تكون من مسائل الاجماع مع وجود خلاف داود
واتباعه فهي مسألة اجتهادية لا يمكن ان يجزم الحكم فيها قطعا
ومع وجود الخلاف فيها عن الائمة يصح تقليد اي واحد منهم
ولكن رأي القائلين بعدم الطلاق لا ينطبق الدليل فان الحالف
الذي في معنى المحلف وهو من كان الطلاق على الحلف يجب ان يأخذ
حكم الحلف وهو عدم الوقوع لان نية الطلاق محققة فيه ويندرج
تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم الطلاق ما كان عن وطر
والعتق ما ابتغي به وجه الله اما الحالف الذي في معنى اليمين
فيجب ان يأخذ حكم اليمين بالطلاق وهو عدم الوقوع لانه لا يندرج
تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم الطلاق ما كان عن وطر اذ
نية اليمين وكراهة المحلوف به لا تجعله وطرا للحالف

وهذا الذي سبقه من الصحابة الزام العتق والصدقة على وجه اليمين
في قصة ليلى بنت العجماء لهذا الاعتبار – وصعوبة اليمين هو ان
العتق والصدقة من الامور المحبوبة فيجب ان نلحق به اليمين
بالزام الطلاق البغيض الى الله تعالى

اما قول الفقهاء ان يجب ايقاع الطلاق منجزا فيملك تعليقه
فهو منقوض بالرجعة والنكاح وهو كذلك يصح فيه التنجيز ولا يصح
فيها التعليق وقولهم ان الزام الزوج ما التزمه دليل غير
صحيح يرده افتاء الصحابة في قصة ليلى بنت العجماء ومن
جواب القياس ان قياس تعليق الطلاق على النذر ان وارث
في قصة ليلى بنت العجماء وان يلغى اليمين كما الغى الصحابة كل
الالتزامات التي في هذه القصة

وقولهم ان صيغ التعليق علامة وصفة للطلاق فيجب ان لا يكون
ولا تتخلف الصفة عن المعلول من قبيل المصادرة لان الخلاف قائم
في علتها ولا يسلم الخصوم انها علامة وصفة

وقد اشتبه الفرق بين قسمي الحالف على بعض العلماء فقالوا ان
هو مستند الحالف بالطلاق تعليقا ما اذا قصد ان لا يحب بغير قصد
الطلاق عند حصول المحلوف عليه والا كان قوله من قبيل لغو الكلام
ويرشد الى هذا قول ابن الهمام وبيان ان هذا التعليق ما يصح
تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء وذلك
ان التعليق في حيز عام انما يصح فيه شيء دون ما يصح فيه التعليق على
الصفة) ونحن نقول ان الذي يقصد اليمين لا يقول بهذا ولا
يقول ان غرضه الطلاق وان الطلاق مطلوب له عند حصوله بل يقول
ان الطلاق مكروه له وانه هدد نفسه او غيره بما هو مكروه وسبب
هذا الاشتباه ما استقر عند الناس من ان الفقه لا يفرق بين الالفاظ
وعبارة الكلام ليست حجة على قصده لانهم لا يتحدثون واخذوا اثره
بمذهب الحنفية

والمصير الى التفرقة بين قسمي الحالف والحاصل ان اليمين بالطلاق
والحالف الذي في معنى اليمين يستعمله الناس الى الزوجة المكررة
في اليمينات ويكثرون سيما لا اتفاق بهذه الايمان وهذه
التعليقات لعدم الفائدة فيها اذ اقبل بعدم الوقوع الا انها
بل يجعل من لغو الكلام
لو نصح ان لو تعلق بل نجعله من لغو الكلام

الطلاق الثلاث

(المادة ٦)

مادة ٦ الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة

الطلاق الثلاث بلفظ واحد اختلف العلماء فيه فذهب بعضهم
الى عدم وقوعه اصلا وذهب بعضهم الى وقوعه واحدة وذهب
الجمهور الى وقوعه ثلاثا واختير في مشروع القانون القول بوقوعه واحدة
وهذا الخلاف قديم واستمر في جميع العصور منذ زمن الصحابة الى الآن حتى ان
المالكية لما نقلوا عن الظاهرية ترجيح رأي الجمهور نقلهم عن الظاهري ترجيح
القول بوقوعه واحدة واشار البخاري الى تصحيحه الى هذا الخلاف

وسنشير في هذا الفصل الى ادلة الرأي الذي اختير في المشروع ونشير
الى اهم الاعتراضات عليها ونقل اولا نبذة تنقل هذا القول عن الائمة
المجتهدين الذين يصح تقليدهم

قال الحافظ ابن حجر في شرح البخاري وعند الشافعية بالتحريم والالزام
من قال اذا طلق ثلاثا مجموعة وقعت واحدة وهو قول محمد بن اسحق
صاحب المغازي ونقل عن علي وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف
والزبير نقله محمد بن مغيث في كتاب الوثائق وعزاه لمحمد بن
وضاح ونقل الغنوي ذلك عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد
بن بقي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الخشني ونقله ابن المنذر
عن اصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمرو بن دينار والعجب
من ابن التين حيث جزم بان لزوم الثلاث لا اختلاف فيه
مع ثبوت الاختلاف كما ترى انتهى

وقال ابن القيم واما التابعون فافتى به عكرمة كما افتى به
طاوس واما تابعو التابعين فافتى به محمد بن اسحق حكاه
الامام احمد وغيره عنه وافتى به داود وتلك واكثر اصحابه
وافتى به بعض اصحاب مالك حكاه التلمساني في شرح تفريع
ابن الجلاب وافتى به بعض الحنفية حكاه ابو بكر الرازي
عن محمد بن مقاتل وافتى به بعض اصحاب احمد حكاه شيخ
الاسلام ابن تيمية عنه قال وكان الجد يفتي به احيانا انتهى

وقد استدل القائلون بوقوع الطلاق ~~ثلاثا~~ الا طلقة لفظة واحدة بقول الله
تبارك وتعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح
باحسان ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا
الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما

فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقد روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان الرجل يطلق امرأته ما شاء ان يطلقها وهي امرأته اذا ارتجعها وهي في العدة وان طلقها مائة مرة او اكثر حتى قال رجل لامرأته والله لا اطلقك فتبيني مني ولا آويك ابدا قالت وكيف ذلك قال اطلقك فكلما همت عدتك ان تنقضي راجعتك فذهبت المرأة فدخلت على عائشة رضي الله عنها فاخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فسكت فنزل القرآن الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان قالت عائشة رضي الله عنها فاستأنف الناس الطلاق ~~[illegible]~~ مستقبلا من كان طلق ومن لم يكن طلق رواه الترمذي

فقد دل هذا ~~[illegible]~~ الحديث على انه لم يكن للطلاق عدد محدود من الاول تنحصر فيه الرجعة وان المطلق كان يملك الرجعة في العدة ولو طلق مائة مرة او اكثر وان سبب التطليق انما يريد الالحاق في بالمطلقات عند الكلابة الزوجة في الحديث فكان يتعنت مطلقات لا اخف بحكمه الزوجية ولا بعدتها في المعاشرة فنزلت الآية ليبان حد عدد الطلاق التي يجب الرجال فيه الرجعة ولم يكن نزولها لبيان عدد الطلقات اللفظية فالمطلق يملك الرجعة بعد مرتين سواء اوقع الطلاق في كل مرة بلفظ الواحد ام بلفظ الثلاث لان العبرة للالفاظ بل العبرة للمرات

وعرف اللغة وعرف الشرع يأبى احتساب العدد بالالفاظ ويأبى ان يجمع الشيء المطلوب فعله عدة مرات ويفعل دفعة واحدة مثلا طلب في الاوقات تكرار التكبير وتكرار التسبيح فاذا قال المؤذن دفعة واحدة الله اكبر مرتين او اشهد ان لا اله الا الله مرتين لا يحسب الا مرة واحدة وفي الحديث الشريف الاستئذان ثلاث مرات فان اذن لك والا فارجع فاذا استأذن مرة واحدة ~~[illegible]~~ بلفظ ثلاثا وحده لا يقال انه استأذن ثلاث مرات وفي الحديث من قال كل يوم سبحان الله وبحمده مائة مرة حطت عنه خطاياه ولو كانت مثل زبد البحر فاذا قال دفعة واحدة سبحان الله وبحمده مائة مرة لا يقال انه حطت خطاياه لانه سبح مائة مرة

اما ما يرد الآن من التوهين في الطلاق البائن او الطلاق المتفرق فيما رواه
مسلم في الحديث الذي رواه عائشة في سبب نزولها ولا توجد ضرورة لهذا
الحمل الا لو صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يوقع الطلاق
الثلاث بلفظ واحد ثلاثا او صح نقل اجماع السلف على انه ولم يعلم
انه لم يصح شيء من هذا

الدليل الثاني ما رواه محمد بن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة
عن ابن عباس قال طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثا في مجلس
واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها
قال ثلاثا في مجلس واحد فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما تلك واحدة
فارجعها ان شئت فارجعها. اخرجه احمد وابو يعلى وصححه من
طريق محمد بن اسحق

قال ابن حجر وهذا الحديث نص في المسألة لا يقبل التأويل الذي
في غيره من الروايات انتهى

~~ونحن نقول ان هذا الحديث انما يدل على ان الثلاث كانت بلفظ~~
~~واحد [illegible] فان كان [illegible]~~
~~[illegible] فانه يدل على ان الثلاث كانت بلفظ واحد [illegible]~~
~~[illegible]~~

ونحن نفهم ان الطلاق الثلاث في مجلس واحد ثم وقع التفريق وان
الثلاث كانت بالفاظ متفرقة ونحن نقول انه لا يمكن حمله على هذا لان
تكرار اللفظ موجب لوقوع الثلاث على رأي الجمهور في المدخول بها
وعلى رأي ابن تيمية ايضا ولا يوجب الوقوع واحدة بائنة في غير
المدخول بها على رأي الجميع ايضا فلا يحسن بعده قول النبي صلى الله
عليه وسلم انما تلك واحدة فارجعها ان شئت فارجعها ومع هذا
فان ضم الحديث الآتي في الدليل الثالث يعين المراد من هذا الحديث.

وقد اعترض الجمهور على هذا الدليل بامور

الاول ان محمد بن اسحق وشيخه مختلف فيهما
الثاني انه معارض لفتوى ابن عباس راوي الحديث فقد صح عنه الافتاء
بوقوع الثلاث وبعيد جدا على ابن عباس ان يفتي على خلاف ما صح
عنده عن رسول الله
الثالث انه اشتهر وقوع الطلقة الواحدة بلفظ الثلاث من حديث [illegible]

الرابع ان حديث ركانة روي بوجه اخر اقوى من هذا وهو انه طلق
امرأته البتة ~~فضعف رواة الحديث السابق انه طلق ثلاثا وسائر المخالف~~
~~الذي هو الثلاث~~ فقد روى عن ركانة انه طلق امرأته سهيمة فاخبر النبي
صلى الله عليه وسلم بذلك فقال والله ما اردت الا واحدة فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال
ركانة والله ما اردت الا واحدة فردها اليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم وطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمان عثمان.
قال ابو داود حديث حسن صحيح.

واجاب الشافعيون عن حديث الطلقة الواحدة عن الاعتراض الاول بان
الامام احمد قد صحح حديث ~~البتة~~ الحديث وقال انه الصواب وقال الترمذي سألت البخاري
فلم ير به باسا وبان الفقهاء احتجوا بمثل هذا الاسناد في ان النبي صلى الله
عليه وسلم رد على ابي العاص بن الربيع ابنته زينب بالنكاح الاول
واجابوا عن الاعتراض الثاني بان العبرة برواية الصحابي لا بفتواه
ولا يجب ترك الحديث لفتواه بما يخالفه وقد قدم الشافعي رواية
ابن عباس في شأن بريرة على فتواه التي تخالفها في كون بيع
الامة طلاقا واخذ هو واحمد وغيرهما بحديث ابي هريرة في الاستقاء
فعليه القضاء وقد خالفه ابو هريرة وافتى بانه لا قضاء عليه واخذوا
برواية ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم امر اصحابه ان يرملوا
الاشواط الثلاثة وان يمشوا بين الركنين وصح عنه انه قال ليس
الرمل بسنة واخذوا برواية ابن عباس في تقديم الرمي والحلق والنحر
بعضها على بعض وانه لا حرج في ذلك وقد افتى ابن عباس ان فيه دما
واجابوا عن الثالث بانه لا شذوذ في هذه الرواية لاتفاقها مع طائفة
كثيرة من الصحابة والتابعين

واجابوا عن الرابع بان الائمة العارفين بعلل الحديث والفقه
كالامام احمد والبخاري وابي عبيد ضعفوا حديث البتة وبينوا
ان رواته قوم مجاهيل لم تعرف عدالتهم وضبطهم وقال احمد حديث
البتة ليس بشيء وقال الترمذي سألت محمدا عنه (يعني البخاري)
فقال فيه اضطراب وفي اسناده الزبير بن سعيد الهاشمي وقد ضعفه
غير واحد وقال ابن عبد البر تكلموا في هذا الحديث وهو مع ضعفه
مضطرب ومعارض بحديث ابن عباس الذي هو اصح اسنادا واوضح

الدليل الثالث ما روي عن طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق
الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وسنتين من
خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب ان الناس قد
استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم فامضاه
عليهم رواه احمد ومسلم وفي رواية عن [illegible] ابن الصهباء لطاوس
ان ابا الصهباء قال لابن عباس هات من هناتك الم يكن
طلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر واحدة
قال قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فاجازه
عليهم رواه مسلم وفي رواية اما علمت ان الرجل كان اذا طلق
امرأته ثلاثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابي بكر وصدرا [illegible] من امارة عمر قال
ابن عباس بلى كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل ان يدخل بها
جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا
من خلافة عمر فلما رأى الناس تتابعوا فيها قال اجيزوهن
عليهم رواه ابو داود .

وقد اكثر الناس من الاجوبة عن هذا الدليل ويستخلص ان كل
الاجوبة لا تخرج عن التعسف

قالوا ان هذه الروايات في غير المدخول بها وهي تطلق واحدة بانه
بقول المطلق انت طالق فتجيء كلمة الثلاث لغوا لبينونتها . قال
القرطبي ان قوله انت طالق ثلاثا كلام واحد متصل غير منفصل
فكيف يصح جعله كلمات متقطعة ويعطى لكل كلمة حكم وقال
النووي انت طالق معناه انت ذات طلاق وهذا يصح
تفسيره بالواحدة والثلاث وغير ذلك .

وقالوا ان رواية ابن عباس شاذة وقد افتى بخلافها وانها معارضة
بروايات لزوم الثلاث فيلزم المصير الى الترجيح والاخذ بقول
الاكثر اولى من الاخذ بقول الواحد وقد روى محمود بن لبيد باسناد
صحيح [illegible] ان النبي صلى الله عليه وسلم اخبر عن
رجل طلق امرأته ثلاثا فقام مغضبا فقال أيلعب بكتاب الله

وانا بين اظهركم ولم يرده النبي صلى الله عليه وسلم

والجواب عن هذا ان فتوى الصحابي على خلاف روايته ليس من اسباب
رد الرواية كما علم من السلف على انه لا داعي لذلك كله فان عمر الزم الثلاث
وهو عالم بما كان عليه الناس زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن
ابي بكر لسبب الذي دعاه الى هذا الاجراء ان كان السبب وجود
الناسخ كما يقول الجمهور او غيره كما يقول انما يكون بوقوع الواحدة
ففتوى ابن عباس على غير روايته كانت لنفس السبب الذي
حمل عمر بالزام الثلاث وهذا لا يدل على ضعف الرواية اما روايات
لزوم الثلاث فستذكر عند الاشارة الى قوة ما ورد من احد الدليل
وسيتضح انها روايات ضعيفة باتفاق ائمة الحديث لا يصح ان
تعارض رواية ابن عباس المتفق على صحتها واما حديث
محمود بن لبيد فليس فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم امضى الثلاث
او ردها وقد سبق الحديث بتمامه

وقالوا ان حديث ابن عباس منسوخ نقل البيهقي عن الشافعي
انه قال يشبه ان يكون ابن عباس علم شيئا نسخ ذلك.

فيقال لهم ان النسخ لا يكون بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولو
كان الحكم نسخ في زمنه صلى الله عليه وسلم لما اقر ابن عباس
مخالفته الى زمان عمر ولو لم يظهر الناسخ الا زمن عمر لكان عليه
اجماع الصحابة في عصر ابي بكر كله من الخطأ وبعيد تصور ايضا
ان خفاء الناسخ وعدم اشتهاره الا زمن عمر يكاد يكون
مستحيلا عادة على ان الصحابة الذين كانوا يتنافسون في البحث
ويجدون لمعرفة اقضية النبي صلى الله عليه وسلم في دقه وجله
وان حكما كهذا يطول عهده ثم يعثرون على الناسخ فمن شانه
ان يعرف الناسخ فيه ويشتهر امره وينتقل وليس مما يقبل
الانصاف ان يقال ان عمر اطلع على الناسخ ثم خفي امر الناسخ
ولم يبق له اثر في الوجود

وقالوا ايضا يشبه ان يكون الحديث ورد في تكرار اللفظ كان
يقال انت طالق انت طالق انت طالق وكان يقبل

الناس إرادة التأكيد لسلامة صدورهم وغلبة الصدق عليهم فلما كثر
الخداع فيهم لم يقبل منهم دعوى التأكيد وحمل اللفظ على إرادة
التعدد.

ونحن نقول إن هذا أبعد الوجوه لأنه عدول عن لفظ الحديث وفيه تحكم
بحمل الحديث على صورة نادرة الحصول من غير دليل وسياق الألفاظ
ينبو عنه فإن كلمة إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو
أمضيناه عليهم لا تلائم هذا الوجه ولكن يلائمه مثلا أن الناس
قد كثر فيهم الخداع فلا نقبل منهم. وكذلك إن جاءك في رأي الناس
قد تتابعوا فيما قد أحدثوه فحقيقته لا تلائم هذا الوجه أيضا كما هو واضح.
وقالوا أيضا إن الناس في عهد النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يطلقون
واحدة فقط ولكنهم غيروا عادتهم في عهد عمر وكثر منهم إيقاع
الثلاث بلفظ واحد فأجازه عليهم. وعلى هذا فلم يكن تغيير
في الحكم بل التغيير في العادة فقط. ومعنى هذا أنه لو كان
صدر منهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ما صدر منهم في زمن
عمر لأمضى عليهم النبي صلى الله عليه وسلم على ما أمضاه عمر.
ونحن نقول إن هذا بعيد من لفظ الحديث ومن رواية مخالفيه
والصحيح الثابت أنه قد وقع طلاق الثلاث في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
وحديث ركانة صريح في أنه (صلعم) حكم بأن الطلاق الثلاث
تعتبر واحدة رجعية.
ومنه قالوا أيضا إن الحديث لا يدل على أن وقوع الثلاث واحدة
كان بعلم النبي (صلعم) وتقريره وغاية ما يدل عليه أنه كان
يقع في زمنه.
ونحن نقول إن هذا الكلام من صحابي الأحبار والصحابي إذا قال
كنا نفعل في عهده صلى الله عليه وسلم يجب أن يحمل على أنه كان
يبلغه ويقره على أن حديث ركانة قاطع على هذا التأويل.

قال ابن حجر والراجح انتفاء الثلاث للإجماع الذي انعقد في عهد عمر ولا يحفظ

أن أحدا خالفه وقد دل الإجماع على وجود ناسخ وإن خفي عن بعضهم قبل ذلك حتى

ظهر لجميعهم في عهد عمر

ونحن نقول إن في هذا تسليما بأن الطلاق الثلاث كان يعتبر واحدة

إلى عهد عمر وأن الذي غير هذا الحكم هو الناسخ الذي بني عليه الإجماع

وأن دعوى ظهور الناسخ بعد أن كان خفيا قد أثبتنا بطلانها من قبل

وأن دعوى الإجماع غير صحيحة لأنه لا يعرف فيه من يخالف لاعتبار أنه

ينقض الإجماع ومن جهة أخرى فقد نقل الخلاف عن الصحابة والتابعين

ومن بعدهم

والواقع أن الذي دعا عمر إلى هذا الحكم هو الاقتضاء برأي الجمهور

واستبعاد أن يكون عمر قد نقض هذا بدون اطلاع على ناسخ ولكنه

التي تنقض للجمهور [illegible] أن عمر فعل ذلك اجتهادا منه وقد وافقه عليه

كثير من الصحابة منهم ابن عباس على رواية وسبب

هذا الاجتهاد ما وجدهم عليه من مخالفة الكتاب وقد كان النبي صلى الله

عليه وسلم يغضب لهذه المخالفة ويقول أيلعب بكتاب الله وأنا بين

أظهركم فحرم عليهم الرجعة إلا بعد زوج آخر والرجعة مباحة

من المباحات ولكنه [illegible] الناس عن واحد وإنما

منعهم عن مباح للمصلحة وهكذا كان عليه الناس

في عهد رسول الله صلى الله عليه [وسلم] [illegible] فعل عمر هذا [illegible]

مقصورة [illegible] الحكم العام [illegible]

[illegible] إلى [illegible] للمصلحة [illegible]

وقد كثرت المقالة في هذه الأيام من القول بوقوع الثلاث بكلمة واحدة

فمن الناس من يلجأ إلى القول [illegible] ومنهم من يلجأ إلى المحلل

المحلل وهي [illegible] ومفاسد التحليل لا تخفى على أحد وقد

كتب فيها ابن القيم [illegible] فإذا رد الناس

إلى ما كان عليه الأمر في عهد النبي صلى الله عليه وسلم تزول هذه المفاسد

أو تقل وقد راعت [illegible] منتهى الحكمة في جعل الطلاق الثلاث

بلفظ واحد [illegible] بعد المرة الأولى [illegible]

ويرد هذا على اختيار الصبر والاناة حتى اذا انفذه النبي بسبب ووقعت
الثلاثة عمرا انه ليس في التتابع خير ودفا الامضاء الثلاث يستوي احمد
ودونه والقول بوقوع الثلاث تقع واحدة يبطله هذه الكلمة.

ومن ادلة القائلين بوقوع الثلاث بلفظ واحد ما رواه احمد عن سهل
ابن سعد في قصة لعان عويمر بن عجلان امرأته قال يا رسول الله ظلمتها ان
امسكتها هي الطلاق وهي الطلاق وهي الطلاق وفي رواية فلما فرغ
من اللعان قال عويمر العجلاني كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها
فطلقها ثلاثا قبل ان يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنة المتلاعنين
ووجه الاستدلال ان الثلاث اذا اوقعت في موقف واحد وقعت كلها.

والجواب ان هذا الحديث عند من قالوا ان المرأة الملاعنة تبين بنفس
اللعان وان الطلاق الواقع من الزوج بعد الملاعنة لا محل له وانما هو
طلاق في اجنبية فسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عنه عن عويمر في هذه
القضية لا يفيد تقرير الوقوع الثلاث بلفظ واحد

ومن ادلتهم ما رواه الدارقطني عن الحسن ~~قال~~ قال قال ابن عمر فقلت
يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلاثا اكان يحل لي ان اراجعها قال لا
كانت تبين منك وتكون معصية.

وفي سند هذه الرواية ابو عطاء الخراساني وهو مختلف فيه ذكره
سعيد بن المسيب وقال البخاري ليس فيمن روى عنه مالك من يستحق
الترك غيره وقال ابن حبان من خيار عباد الله غير انه كان كثير الوهم
سيء الحفظ يخطئ ولا يدري فلما كثر ذلك منه بطل الاحتجاج به على
ان هذه ~~الرواية~~ الرواية خالفت جميع الروايات فتفرد بزيادتها عطاء ولم
يشاركه فيها غيره من رواة الحديث

ومن ادلتهم ما رواه عبد الرزاق عن يحيى بن العلاء عن عبد الله
ابن الوليد عن ابراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت عن داود بن
عبادة بن الصامت قال طلق جدي امرأة له الف تطليقة فانطلق الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال النبي اما اتقى الله جدك
اما الثلاث فله وان شاء وتسعمائة وسبع وتسعون ظلم وعدوان.

قال المحدثون ويحيى ابن العلاء ضعيف وعبد الله بن الوليد هالك
وابراهيم بن عبيد الله مجهول ثم والد عبادة لم يدرك الاسلام
فكيف بجده وكيف بروايته ضعيف عن هالك عن مجهول

ومن ادلتهم ايضا ان النبي صلى ... ركعة انه كان اراد الواحدة

وهو يدل على انه لو اراد الثلاث لقعد

وقد تقدم ان هذا الحديث مكذوب – وضعيف الاسناد فلا يصح الاحتجاج به.

وقالوا ايضا ان ابن عباس وغيره من الصحابة افتوا بالوقوع ونحن

لا نتبع في تقليدهم ... انهم اذا افتى بعض الصحابة بالوقوع

ثلاثا وافتى بعضهم بعدم الوقوع ثلاثا فان الحق خلافه ودعوى

~~ان هذا الوقوع ...~~

الاجماع فيه غير صحيحة والقائلون بوقوع الثلاثة الواحدة ~~[illegible]~~

والنتيجة يجوز تقليدهم والدليل يرجحهم فالقول به اي في ان ...

لا يعقبه خروجا على الدين ... ثلاثا ...

... والله الموفق ...

72

(٤) كنايات الطلاق

المادة (٧) كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق الا بالنية

هذه المادة وافق عليها الاستاذات شيخ الازهر ومفتي مصر واتفق ناقدو المشروع بانها صحيحة على مذهب الشافعي

المادة (٨) كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون او القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠

هذه المادة وافق عليها الاستاذات شيخ الازهر ومفتي مصر بعد ان يزاد في استثناءاتها الطلاق الثلاث اذا وقع بلفظ واحد او باشارة او ثنية

وهذا مبني منهم على رأي الجمهور من وقوع الثلاث بكلمة واحدة او اشارة او ثنية وقد بينا في بحث الطلاق الثلاث ما فيه حقيقته وما يصح معه العدول عن رأي الجمهور

المادة (٩) اذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا على الزوج فيه منفعة لها ولا ينافي مقاصد العقد كأن لا يتزوج عليها او ان يطلق ضرتها او ان لا ينقلها الى بلد اخر صح الشرط ولزم وكان لها حق فسخ الزواج اذا لم يف لها بالشرط ولا يسقط حقها في الفسخ الا اذا اسقطته او رضيت بمخالفة الشرط

هذه المادة ماخوذة من مذهب الامام احمد ووافق عليها الاستاذات شيخ الازهر ومفتي مصر

(٥) الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

المادة (١٠) اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما وطلبت التفريق طلقها القاضي طلقة بائنة ان ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما وان لم يثبت الضرر يبعث القاضي حكمين وقضى بما يريان على ما هو مبين بالمواد ١١ — ١٢ — ١٣ — ١٤ — ١٥ — ١٦

المادة (١١) يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما عالمين بأحكام النشوز ولو بتعليم القاضي

المادة (١٢) على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها

المادة (١٣) إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بلا عوض بطلقة بائنة

المادة (١٤) إذا كانت الإساءة من الزوجة قرر الحكمان ما تعينت فيه المصلحة من بقاء الزوجة في عصمة زوجها وإلزامها عليه أو التفريق بينهما بعوض عليها بطلقة بائنة وعند عدم تعين المصلحة يكون للحكمين الخيار في تقرير التفريق أو الإبقاء إن لم يرد الزوج الطلاق فإن أراد الطلاق قرراه بعوض عليها

المادة (١٥) إذا اختلف الحكمان أرسل القاضي غيرهما وأعاد البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما

المادة (١٦) على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه في جميع الأحوال وعلى القاضي أن يمضيه

المادة (١٧) إذا غاب الزوج سنة فأكثر كان لزوجته أن تطلب إلى القاضي أن يطلقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو ترك مالاً تستطيع الإنفاق منه

المادة (١٨) إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلق القاضي عليه بلا إعذار أو ضرب أجل

المادة (١٩) لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه

وهذه المواد جميعها مأخوذة من مذهب الامام مالك الا نصا او نحوه
على نصوص وقد وافق عليها جميعها الاستاذان شيخ الازهر (وهو حنفي
المذهب) والاستاذ شيخ الكلية وشيخ مذهبهم) ومفتي مصر
غير انهما ابديا ان في المادة الثانية اجازة التطليق للضرر ولو
كان الضرر بحيث كتأديب الزوج لها تأديبا شرعيا كحملها على
الصلاة مثلا او منعها من الخروج للمهرجانات وما اشبه ذلك مع ان
الضرر بحيث لا يجوز التطليق لاجله وان جاز ايضا بعد الحكم
لعدم العجز عن اثبات الضرر قبل اسكان الزوجة بين قوم صالحين
واذ ذهب لوجوب اولا اسكانها بين قوم صالحين لمعرفة ايهما
المسئ فان لم يتضح هذا بعث الحاكم الحكمين واشارا بوجوب
تعديل ذلك بما يوافق المذهب
هذا هو كل ما ابداه الشيخان من النقد على جميع هذه المواد
ونحن نقول ان تأمل نص الاطلاق في الضرر بل ان الضرر الذي لا يجوز
شرعا وهو الضرر بين حقه والذي على ذلك اشار ضمنا في الحكم
واستثنوا ما كان منه باحكام الشرعية ومنه ليوفق بين ما يجوز شرعا
وما لا يجوز وما يسمى نشوزا شرعا وما ليس كذلك ومن لا يتبع
الى ذلك في الاصل مشتمل على هذا القيد (بين حقه) ثم رؤي بعد ذلك
ان هذا مفهوم ولا حاجة الى التصريح به
اما اسكان الزوجة بين قوم صالحين قبل بعث الحكمين فلا نزاع
في انه الراجح في المذهب ولكننا وجدنا قولا في المذهب بجواز بعث
الحكمين قبل اسكان الزوجة بين قوم صالحين واخترنا هذا القول لانه
الاوفق بهذا الزمان وقد كان اسكانها بين قوم صالحين امرا
ميسورا وكان مفيدا ايضا ولكن الزمان تغير فتعطلت فائدة الرأي
المحض لبعث الحكمين من اول الامر والقول الضعيف يتقوى بالعمل عند الحاجة
للضرورة
وقد قال بعض العلماء مخالفين في رأيهم الاستاذ شيخ الكلية ان القول
بالتطليق للضرر على الاطلاق ليس معمولا به في مذهب مالك وان المعتمد انه
لا يطلق الا اذا تعدد ايذاء الزوج الضرر ولكن اذا تقررت حدوث مثله
كزوجة الاسير والمحبوس ومن لا يعلم جهته فلا يطلق عليه وان
الطلاق عند تعذره يؤدي الى الفساد وفتح باب الشر

ونحن نقول إن هذه المواد مأخوذة من كتب معروفة عند المالكية
وهي شرح خليل وشرح وحاشية للشيخ الدردير والدسوقي ومن
منح الجليل أما ما نقلوه عن الرهوني فنوع وجيه ~~[illegible]~~
والعلة هي خوف الفساد وخوف الوقوع في الزنا وهي توجد
سواء كان العذر مشروعا أو غير مشروع ومن الملاحظ في هذا الزمان
أن معظم هذا الرأي أن غياب المرأة عن زوج رجل أو رجال إلى
الفساد والوقوع فيما حرم الله على فرضنا ما في خليل وشرح
نقول ضعيف فإنه يجوز العمل به للضرورة

(٦) دعوى النسب

المادة ٢٠ - لا تسمع دعوى النسب لولد زوجة ~~[illegible]~~ ثبت عدم التلاقي
بينها وبين زوجها من حين العقد

المادة ٢١ - لا تسمع دعوى النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة
من غيبة الزوج عنها إذا ثبت عدم التلاقي بينهما في هذه
المدة

المادة ٢٢ - لا تسمع دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها
زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة

المادة الأولى من هذه المواد وافق عليها الأستاذان شيخ الأزهر
ومفتي مصر لاتفاقها مع مذهب مالك وقد خالفنا في المادتين
٢١ و٢٢ ونحن نبين رأينا فيهما ونحن نخالف المادتين
لا خلاف بين الفقهاء في أن أقل مدة الحمل ستة أشهر عند الفقهاء وهي
مستفادة من نص الكتاب قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
وقال تعالى في آية أخرى وفصاله في عامين وقال تعالى والوالدات
يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة
فإذا كانت مدة الفصال عامين بنص الكتاب تكون مدة الحمل ستة
أشهر لأن الثلاثين شهرا هي مجموع مدة الحمل والفصال

أما أكثر مدة الحمل فليس فيها نص من كتاب أو سنة وليس فيها إجماع
ولا قول ممن له القياس فهي مسألة تقديرية اختلف فيها الأئمة
باجتهادهم بناء على الأخبار التي وصلت إليهم فقدرها الحنفية
بسنتين وقدرها المالكية والشافعية بأربع سنين وقدرها الليث
بثلاث سنين وقدرها الزهري بسبع سنين ولم ينقل عن أحد

وقد بنى الحنفية رأيهم على الأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها وهو قولها لا تزيد
المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل) وقالوا ان
هذا الشيء لا يكون عن رأي من عائشة فلا بد ان تكون سمعت فيه
شيئا عن النبي صلى الله عليه وسلم

والضعف في هذا الاستدلال ظاهر لما يأتي اخرج الدارقطني والبيهقي
عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن انس ان حديث عائشة انها
قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ~~[illegible]~~ ظل المغزل
فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان
امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة ابطن في اثنتي عشرة
سنة تحمل كل بطن في اربع سنين

ثم ان الامام مالك وابن شهاب والليث والزهري وغيرهم انكروا اثر عائشة
وعملوا باخبار النساء وقال بعد ما اخبر بخبر جارته فلم يرد
عنده اثر عائشة على خبر من اخبار غيرها وبذلك قد ثبتت
الزيادة

هذا ويدلنا على ان عدة الائمة في مذاهبهم على الاخبار والنساء
يخطئن كثيرا جدا في هذه المسائل لان المرأة قد ينقطع عنها دم
الحيض لسبب من الاسباب فتظن نفسها حاملا وقد يستمر هذا
سنين ولا حمل ثم تحمل حقيقة وتضع فتظن انها كانت حاملا
من مبدأ انقطاع الدم عنها وفي بلاد السودان حوادث كثيرة
من هذا القبيل وهي غريبة جدا تطلق المرأة من زوجها وتبقى
سنين تطلق ثم تتزوج رجلا آخر وتلد بعد سنة او اكثر فيدعي
الزوج الاول ان الولد منه وتصدقه المرأة في ذلك ويكون هذا
الادعاء وذلك التصديق صادرين عن سلامة نية وعن اعتقاد
وقد يصدقهما الزوج الثاني في ذلك ايضا وكلهم يعتقدون ان
الجنين كان في البطن وكانت حياته كامنة وان الزوج
الثاني اخرج هذه الحياة من الكمون الى الظهور
مثل هذه المزاعم تكثر حيث لا يكون للعلم سلطان وتقل حيث
يقوى سلطانه
والآن وقد تقدمت العلوم الطبيعية وعلوم التشريح ووظائف الاعضاء
وتقدم الطب وعرفت ادوار الجنين بالاسبوع واصبح [illegible]

الحوادث النادرة في الطب والحوادث الشاذة في الولادة ولها احصاء

في جميع الممالك المتمدنة واصبح الاعتماد على راى الاطباء بدلا

من الاعتماد على راى النساء وعلى راى عارفة بالطب واصبحت

الارقام الآن تكاد تكون قطعية فلا اقل من ان تفيد ظنا قويا ولا

يوجد احد منهم يقول بان الحمل يمكث سنتين او اكثر ولا يعرف الطب

مدة حمل اكثر من ٣٠٧ يوما

وفضلا عن هذا فجمهور الناس الآن لا يعرفون امرأة تقول

ان حملها مكث سنتين وان ادعت امرأة ذلك كذبت الاطباء ويلوكون

وان كانت مطلقة او يتقولون عليها وقد انتهى الحال على ان مثل هذه

الدعاوى لا توجد الا من ~~يبالغ في الريبة~~ يبالغ في الريبة وحيث

يوجد الاغراء بالطعن في الانساب

فدعوى امتداد مدة الحمل من زيادة عن المدة المعتادة او عن عشرة

اشهر اصبحت دعوى يكذبها الواقع في هذا الزمان واصبح من

حق ولي الامر ان يمنع من سماعها وقد اقتضت القوانين

للحوادث النادرة والشاذة تحديد اقصى مدة الحمل بسنة

ومنع سماع الدعوى في اكثر منها

وقد رجعنا فيما سبق عند صحة البنوة عن مثل هذه الدعاوى

(٧) النفقة

المادة (١٦) تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة

المادة (١٧) لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق

المادة الاولى ما جوزه من مذهب ابى حنيفة وقد وقف على الاحصاءات شهر الزائد [illegible] اما المادة الثانية فقد بنيت على مبدأ جواز النهى عن سماع الدعوى التى يكذبها الظاهر ويكثر فيها التزوير وقد شرعت العدة لتعرف براءة الرحم من جهة ولتمكين الزوج من المراجعة منها فى الطلاق الرجعى من جهة اخرى ولا ريب ان طول انقضاء العدة الا فى حالة الحمل الى [illegible] فى ذوات الاقراء وقد دل الكشف فى معظم الاحوال من النساء ذوات امتداد العدة لسنة [illegible] الى الشهادة الفقهاء من الرجال وجمهور الناس على علم تام بان امتداد العدة نادرة جدا ومع هذا فانها كثيرة امام المحاكم وسببه ان تعترف المطلقة بانقضاء العدة بعد ان تجد زوجا [illegible] ومتى اصبحت الدعوى من الدعاوى التى يكذبها الظاهر وجب النهى عن سماعها كما فعله المشرع من قبل. ومدة السنة كافية فى تعرف براءة الرحم وكافية فى التفكير من قبل المطلق ليراجع او يصمم على الانفصال

(٨) الحضانة

المادة ٢٠ للقاضى ان يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع وللصغيرة بعد تسع الى احدى عشرة سنة اذا تبين له ان مصلحتهما فى ذلك

لهذه المادة ما جوزه من مذهب ابى حنيفة فى الكنز وشرح الزيلعى

~~ان المعروف مدة حضانتها الى البلوغ عن [illegible] بالنسبة للطفل~~

~~وبالنسبة [illegible] بلوغ [illegible]~~

والإمام والجدة أحق بالغلام حتى يستغني وقدره الخصاف بسبع
سنين اعتبارا للغالب وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين لأنه
لا يستغني قبل ذلك عادة والفتوى على قول الخصاف والإمام
والجدة أحق بالجارية حتى تحيض وغيرهما أحق بها حتى تشتهي
وفي نوادر ~~[illegible]~~ هشام عن محمد إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق
بها وهذا صحيح لما ذكرنا من الحاجة إلى الصيانة وبه يفتى في زماننا
وإذا بلغت إحدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم
جميعا وقدره أبو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى انتهى
من هذا النص يعلم أن الخلاف بين ~~[illegible]~~
~~[illegible]~~ الخصاف والرازي
في تقديره الاستغناء مبني على الاجتهاد فكل منهما رأى في زمانه
أن الاستغناء لا يكون قبل تسع ~~[illegible]~~ والسبع رأى أن الاستغناء غالبا
يكون عند السبع والنص الذي وضع في اللائحة لا يخرج عن ذلك
الرواية وهو تخفيف الرأيين معا ولو خصصنا فيه حالة الصغير
في كثرة الحوادث على حداثتها وهو أوفق [illegible] الرواية الذي يرى
فيه التقدير ليلا في كثرة الحوادث بما يلائمها ~~[illegible]~~
وهو لم يخرج إلا ذلك أيضا عن الفقه بالنسبة للصبية لأن الحكم فيها
هو حد الشهوة واختلف في تقديره والنص لم يخرج عن التقدير
ولأنه لا تنتقص المدة عن تسع سنوات ولم تزد على إحدى عشرة
ونرى للقاضي أن يقدر كثرة الحوادث على حداثتها وهي التي أن أقوى حيائها
تكون محفوظة أكثر عند الأب لكانت مصلحتها أن تكون عنده [illegible]
اليه الله [illegible]
فثبت أن النص لم يخرج عن ~~[illegible]~~ صحيح مذهب الحنفية كما
هو واضح